

THÈSE DE
PARIS.
1888.
N^o. 35.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA

CONDICTIO FURTIVA

DROIT FRANÇAIS

DES CAS

où

L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE

EST SUBORDONNÉ

A LA PLAINTÉ DE LA PARTIE LÉSÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Victorien DESCROIX

Avocat à la Cour d'appel de Paris



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1888

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA

CONDICTIO FURTIVA

DROIT FRANÇAIS

DES CAS

où

L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE

EST SUBORDONNÉ

A LA PLAINTÉ DE LA PARTIE LÉSÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le mardi 12 juin,
à deux heures et demie*

PAR

Victorien DESCROIX

Avocat à la Cour d'appel de Paris

PRÉSIDENT : M. LEVEILLÉ

SUFFRAGANTS : { MM. LAINÉ, *Professeur.*
LE POITTEVIN } *Agrégés.*
MASSIGLI }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1888



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation, aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DE LA CONDUCTIO FURTIVA

INTRODUCTION

La propriété, qui exprime l'idée du pouvoir juridique le plus complet d'une personne sur une chose (1), est un fait constant, universel, dans tous les temps et dans tous les pays. Des lois sévères l'ont protégée, parce qu'elle a toujours été considérée, et cela à juste titre, comme étant la base essentielle de toute société. C'est ce qui faisait dire à M. Thiers, dans son beau livre *De la propriété*, chap. IV, p. 48, « que la société est intéressée au plus haut point à garantir la propriété, car, sans cette garantie, point de travail; sans travail, pas de civilisation, pas même le

(1) Aubry et Rau, *Code civil*, II, § 190.

nécessaire, mais la misère, le brigandage et la barbarie. » Travail et propriété sont en effet deux idées qui ne doivent pas être séparées, car si l'une est la cause principale du développement des facultés de l'homme et de l'ordre social, l'autre en est le résultat, parce qu'elle est le plus puissant stimulant du travail. La propriété est donc, en définitive, le but légitime et la juste récompense du libre exercice de la volonté de l'homme. Aussi les Romains, gens pratiques, ont-ils compris, dès l'origine combien il importait, pour la grandeur et la puissance de la nation romaine, d'entourer la propriété de toutes les garanties possibles et d'infliger aux voleurs des peines sévères.

Le *furtum*, disent les *Institutes*, liv. IV, tit. I, § 1, est *contrectatio rei fraudulosa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve*. Il consiste dans le fait de s'emparer frauduleusement soit d'une chose, soit de son usage, soit de sa possession. Trois conditions sont donc nécessaires à la formation du délit.

Il fallait d'abord une *contrectatio*, c'est-à-dire un acte matériel, un maniement selon l'expression de Merlin. « L'appréhension extérieure de la chose, dit aussi Ihering (1), était indispensable dans l'esprit du Droit ancien pour constituer le vol. » Cette *contrectatio* pouvait porter soit sur la propriété, soit sur

(1) Ihering, *l'Esprit du Droit romain*, traduct. Meulenaere, III, p. 113.

l'usage, soit sur la possession de la chose. La *contrectatio ipsius rei* consiste dans le déplacement, la soustraction d'une chose appartenant à autrui. Le sens de cette expression doit être général; ainsi celui qui reçoit sciemment un paiement qui ne lui est pas dû commet un *furtum*, car il prend la chose d'autrui. Il y a *contrectatio usus*, lorsqu'une personne ayant le droit de se servir d'une chose en fait un usage abusif. Exemple : un créancier gagiste se sert de la chose à lui donnée en gage : il y aura *furtum usus*, car le créancier a agi contrairement à la loi du contrat qui lui défendait d'user de la chose pour son service personnel et l'a maniée contre le gré du maître (*Instit.* IV, tit. 1, § 6). La *contrectatio possessionis* consiste dans l'enlèvement d'une chose à quelqu'un qui n'en a que la possession, mais qui a le droit de la garder. Ce cas est remarquable, car il nous montre qu'un propriétaire peut commettre un *furtum* sur sa propre chose. Ainsi, le débiteur gagiste, sans avoir payé sa dette, reprend la possession de la chose par lui donnée en gage, alors que le créancier gagiste a le droit de la retenir : il commettra *furtum possessionis* (*Instit.* IV, tit. 1, § 10; III, Gaius, § 200).

La *contrectatio* doit de plus être *fraudulosa*, c'est-à-dire illicite, et commise dans l'intention de faire subir un préjudice au propriétaire de cette chose. Ainsi, Secundus est propriétaire d'un esclave et Pri-

mus suggère à cet esclave l'idée de dérober un objet à son maître pour le lui remettre. L'esclave avertit son maître Secundus des mauvaises intentions de Primus, et Secundus lui conseille d'obéir à la volonté de Primus. En conséquence l'esclave remet la chose à Primus. Il n'y aura pas *furtum*, d'après les principes, puisque le maître ayant consenti au déplacement de la chose, et l'esclave étant demeuré fidèle, l'élément essentiel du *furtum* fait défaut. Y aurait-il eu lieu à l'action *servi corrupti*? Non, car l'esclave n'a pas été détourné de ses devoirs. Telle était du moins l'opinion de Gaius, III, § 198. Justinien en a décidé autrement, et le § 8, *Instit.* IV, tit. 1, déclare que les deux actions seront données dans l'espèce. « Contrairement, dit M. Accarias (1), aux principes admis en cette matière », la tentative est assimilée au délit consommé. Le voleur devait de plus agir en vue de s'approprier la chose et d'en tirer un avantage, *animo lucrandi*, loi 1, § 3, *Dig. de Furtis*; le simple désir de nuire ne suffisait pas pour constituer le *furtum* (Loi 27, § 25; *Dig., ad Leg Aquil.* IX, 2).

Ajoutons enfin que le *furtum* ne pouvait avoir pour objet que des choses mobilières et possédées par quelqu'un.

Les caractères généraux du *furtum* étant rappelés, voyons maintenant comment il était réprimé. Le

(1) Accarias, *Précis du Droit romain*, II, n° 666.

délinquant devait d'abord réparer le préjudice qu'il avait causé au propriétaire, en restituant la chose volée. Et comme cette chose pouvait périr, ou être détruite en tout ou en partie par le voleur, il était tenu, en outre, d'indemniser la victime du vol. Mais cette réparation eût été insuffisante pour assurer le maintien de l'ordre. Une répression plus énergique était nécessaire pour éviter le renouvellement de pareils faits qui compromettent la sécurité de la société. De là les conséquences pénales et civiles que les textes font dériver du *furtum*.

Nous laisserons immédiatement de côté les conséquences pénales qui frappent le coupable dans sa personne, pour passer à l'étude de celles qui l'atteignent dans ses biens.

L'action pénale qui était donnée contre le voleur était l'action *furti*. Elle avait pour but de lui faire infliger une peine pécuniaire qui, chose remarquable, était destinée à enrichir le demandeur et à appauvrir le défendeur. Elle était donnée à toute personne ayant à la non-perpétration du *furtum* un intérêt légitime, le plus généralement au propriétaire de la chose volée. Le montant de la condamnation variait selon que le vol était un *furtum manifestum* ou *nec manifestum*. Il y avait *furtum manifestum*, lorsque le voleur était surpris au moment où il commettait le vol, ou sur le lieu du vol, ou même en dehors de l'endroit où le délit a été commis, s'il avait encore

la chose entre les mains. Le *furtum nec manifestum* comprend tous les autres cas qui n'ont pas été précédemment indiqués (III, Gaius, 189-190). En cas de *furtum manifestum*, l'action *furti* était donnée au quadruple; s'il était *nec manifestum*, au double seulement.

Qu'était-ce que le double, qu'était-ce que le quadruple? Le point est obscur, mais il est généralement admis que l'unité à multiplier par deux ou par quatre se confond presque toujours avec le *quod interest* (1). Si cependant la chose avait diminué de valeur depuis le *furtum*, le voleur ne bénéficierait pas de cette diminution et le *simplum* consisterait dans la valeur exacte de la chose au jour du délit (III, Gaius, §§ 183, 184; *Instit.* IV, art. 1^{er}, §§ 3, 6).

Quelle est la raison qui a motivé cette distinction entre le *furtum manifestum* et *nec manifestum*? « Nous nous demandons, dit Ihering (2), comment le simple hasard que le voleur fût pris sur le fait ou qu'il fût découvert après coup pouvait, en présence d'une culpabilité exactement semblable, établir une aussi grande différence dans la responsabilité. » Il faut, pour l'indiquer, remonter jusqu'à l'époque barbare où la forme extérieure l'emportait sur l'idée. « Dans le cas de *fur manifestus* (3), c'est du volé, de

(1) Accarias, *Droit romain*, II, n° 859.

(2) Ihering, *De la faute en Droit privé*, traduct. Meulenaere, p. 20.

(3) Ihering, *Esprit du Droit romain*, III, p. 112.

celui qui a été atteint extérieurement par le vol, que dépend l'accomplissement de la peine. L'État aussi est lésé, car le vol trouble l'ordre juridique dont l'État a la garde : mais cette considération est trop élevée pour la conception matérielle de l'époque ancienne, ce trouble ne se *voit* pas. »

L'injustice ne se mesurait que d'après la lésion, peu importe l'intention coupable ou non coupable. L'idée de faute ne s'était pas encore fait jour. La personne victime d'une infraction souffrait, dans sa personne ou dans ses biens, et sa douleur la poussait à la vengeance. Et il faudra attendre bien des années pour trouver une appréciation plus exacte de la responsabilité et une mesure plus équitable de la culpabilité. Dans le domaine du Droit, dit Ihering (1), c'est à mesure que l'humanité progresse qu'elle se rend un compte plus exact de la culpabilité et de la responsabilité.

Si nous passons maintenant aux conséquences civiles du *furtum*, deux actions étaient accordées à la victime du vol pour lui faire obtenir réparation du préjudice qui lui a été causé : l'action en revendication, le vol n'ayant pas pu faire perdre la propriété à la victime du délit (§ 19, *Instit.* IV, 1), et l'action *ad exhibendum*. Mais, par des motifs que nous indiquerons au cours de notre travail, ces actions n'é-

(1) Ihering, *De la faute en Droit privé*, p. 75.

taient pas suffisantes pour assurer à la propriété une protection complète. Aussi, a-t-on imaginé un nouveau moyen pour combler les lacunes révélées par la pratique. Ce fut la *Condictio furtiva*, qui constitue une anomalie juridique d'autant plus remarquable que la loi romaine étant formaliste n'accorde aux particuliers, en fait de droits et actions, que l'indispensable et le nécessaire. C'est l'étude de la *Condictio furtiva* qui fera l'objet de ce travail.

Disons, en terminant ces préliminaires, que la désignation la plus exacte de cette action serait celle de *Condictio ex causa furtiva*. Les lois 2, 3, 5, 8, §§ 1, 9, 16, 18, Dig., de *Condict. furt.*, XIII, 1; 2, § 3, Dig., de *Priv. delict.*, XLVII, tit. 1; 47 pr., Dig., pro *Socio*, XVII, 2, ainsi que beaucoup d'autres, emploient cette expression. Mais les commentateurs se servant généralement de la dénomination *Condictio furtiva*, probablement parce qu'elle est plus courte, nous emploierons le terme courant. Du reste, ce terme, quoique se rencontrant plus rarement dans les textes, se trouve néanmoins mentionné dans la rubrique du livre XIII, 1, au Digeste, dans le livre IV, 8, au Code, et dans les lois 3, § 2; 21, § 5, Dig., *rerum amotarum*, XXV, 2.

Signalons enfin la terminologie dont se servent quelques textes et notamment la loi 13, § 2, Dig., § de *Jurejurando*. La *Condictio furtiva* y est désignée sous le nom d'*Actio condictitia*. Cette dénomination est

fâcheuse, parce qu'elle peut amener la confusion entre l'action *furti* et la *Condictio furtiva*, et créer par suite des difficultés d'interprétation. Aussi n'est-elle pas usitée.

CHAPITRE PREMIER

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA « CONDUCTIO »

Gaius, *Commentaire*, IV, 55, et Justinien, *Institutes*, IV, tit. vi, § 15, définissent les *condictiones* : *in personam actiones quibus dari fieri oportere intendimus*. En analysant les termes de cette définition, nous pouvons dire : les *condictiones* sont des actions personnelles, *stricti juris*, *conceptæ in jus*, dérivant de contrats ou de quasi-contrats. Indiquons rapidement le sens de ces diverses expressions pour déterminer les caractères spéciaux de ces actions.

Les *condictiones* sont des actions :

1° *Personnelles*, c'est-à-dire celles où se poursuit l'exécution d'un droit de créance. Le demandeur soutient que le défendeur est *obligé* envers lui à *dare facere oportere*. Transférer la propriété, faire ou ne pas faire quelque chose en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat, tel est l'objet d'une action personnelle ;

2° *Stricti juris*. Sous le système formulaire et en

se plaçant au point de vue des pouvoirs du juge, la loi romaine distinguait deux grandes classes d'actions. Les actions *bonæ fidei*, où le juge statuait d'après l'*æquum et bonum* et pouvait tenir compte de tout ce que la bonne foi exige (§ 30, *Instit.*, IV, tit. vi), et les actions *stricti juris*, où le juge n'avait plus ce pouvoir ; il était lié par la formule qui lui était soumise et devait l'appliquer en se conformant aux principes rigoureux du Droit. Or, les *condictiones* rentrent dans cette deuxième classe, car Gaius n'ajoute pas à sa définition les mots *ex fide bonâ*, et aucun texte n'indique une *Condictio bonæ fidei*. La loi 19, § 2, Dig., de *Precario*, XLIII, 26, qualifie, il est vrai, de *condictio* l'action *Prescriptis verbis*, qui est de bonne foi. Mais il est admis généralement que ce texte a été interpolé et que le nom de *Condictio incerti* a dû être ajouté par quelque glossateur. (Accarias, *Précis de Droit romain*, II, p. 492, note 2.) Cette opinion paraît d'autant plus vraisemblable qu'aucun autre texte ne vient corroborer la décision de la loi 19, § 2 ;

3° *Conceptæ in jus*, par opposition aux actions *conceptæ in factum*. Ce sont les actions où le magistrat pose au juge la question de savoir si tel droit existe en la personne du demandeur, s'il est propriétaire, par exemple. En d'autres termes, ce sont celles dont l'*intentio* est rédigée *in jus*. Les actions *in factum*, au contraire, sont celles où cette question de droit n'est pas posée, et où le magistrat, après avoir

énuméré les faits, demande au juge si, ces faits étant constants, il n'y a pas lieu de condamner le défendeur. Or, les mots *dare facere oportere* contenus dans la formule des *condictiones* indiquent clairement qu'une question de Droit est posée et que, dès lors, elles sont *conceptæ in jus* ;

4° *Dérivant de contrats ou de quasi-contrats.* Le texte de Gaius et celui de Justinien gardent le plus complet silence sur ce point. Mais il y a une corrélation si étroite entre l'idée de *creditum* et celle de *condictio* que les auteurs n'hésitent pas généralement à admettre ce caractère. Les titres du Digeste, notamment celui intitulé *de Rebus creditis si certum petatur et de condictione*, XII, 1, et ceux du Code, IV, 1, établissent nettement un rapport intime entre les deux expressions. Tous sont relatifs aux *res creditæ*, terme générique qui implique la confiance d'une personne envers une autre et, par suite, un consentement pour former l'obligation. Si donc la *condictio* suppose un consentement, elle ne peut avoir pour origine qu'un contrat ou un quasi-contrat, mais jamais un délit.

La base juridique des *condictiones* se trouvait, en effet, dans l'idée de *creditum*, et c'est par suite de considérations d'équité et pour répondre aux besoins de la pratique que les Romains ont été amenés à étendre cette idée primitive. Le *mutuum*, ou prêt de somme d'argent, paraît avoir été le premier contrat

qui ait donné naissance à une *condictio* : la *Condictio ex mutuo*. Cette *condictio* naît de la *datio*, c'est-à-dire du transport de propriété fait par le prêteur à l'emprunteur. La revendication était devenue impossible, puisque le prêteur avait perdu la propriété des deniers, et il était juste de l'armer contre l'emprunteur pour lui permettre d'exiger la dation qui lui avait été promise. La base de cette *condictio* est bien, dans l'hypothèse, un *creditum* : le prêteur a eu confiance en son débiteur, il s'est dessaisi de la propriété de ses deniers, il est devenu simple créancier parce qu'il a eu foi dans le crédit de son emprunteur. L'expression *pecunia credita*, dont se servent les textes, celle de *creditor*, que nous avons déjà rencontrée, prouvent que telle était bien l'idée des jurisconsultes romains. Le *creditum* se retrouve encore dans la *stipulatio*, l'*expensilatio*. Puis il a été étendu à la *Condictio indebiti*, accordée à celui qui a payé alors qu'il ne devait pas. Et cependant, ici, le *solvens* ne s'est pas attendu, comme dans le *mutuum*, à une restitution. La simple croyance où il était de devoir suffisait pour constituer le *creditum*. Il y a même des cas où l'idée de *creditum* doit être supposée, comme par exemple dans celui de la *Condictio sine causa* : Primus et Prima veulent se marier ; une dot est remise au mari et le mariage ne se fait pas. Si le prétendu mari garde la dot, il la détient injustement et sans cause, la femme aura la *Condictio sine causa*. Or,

dans l'hypothèse, il n'y a pas *creditum* véritable, mais comme il y a eu impossibilité pour la femme d'empêcher le mari de devenir propriétaire, il est équitable de la mettre dans la situation où elle serait s'il y eût eu un *creditum*.

Ces considérations générales données, passons immédiatement à l'objet spécial de notre étude.

CHAPITRE II

DÉFINITION DE LA « CONDUCTIO FURTIVA », SON UTILITÉ, SES AVANTAGES, SA BASE JURIDIQUE

La *Condictio furtiva* est une action *rei persecuenda* qui a pour objet la restitution de la chose volée. Le vol donnait naissance, à Rome, à deux sortes d'actions : 1° une action pénale, *pænæ persecuenda*, l'action *furti*, qui avait pour but d'appauvrir le voleur et d'enrichir le défendeur. Le voleur devait payer, à titre de peine, une somme d'argent dont le taux variait selon que le *furtum* était *manifestum* ou *nec manifestum* ; 2° des actions civiles *rei persecuendæ*, accordées à la victime du vol à l'effet d'obtenir la réparation du préjudice qui lui a été causé. Elles sont au nombre de trois : l'action en revendication, l'action *ad exhibendum* et la *Condictio furtiva* (loi 7, § 1, Dig., de *Condict. furt.*, XIII, 1 ; loi 9, § 1, Dig., de *Furtis*, XLVII, 2). Quelle était l'utilité de la *Condictio furtiva* ? Pourquoi a-t-elle été ajoutée à l'action en revendication et à l'action *ad exhibendum* ? telle

est la question que nous devons maintenant résoudre. De deux choses l'une, pourrait-on dire : ou la victime du vol sera en mesure de prouver sa propriété, ou elle ne le sera pas. Dans le premier cas, elle aura la revendication, dans le second, l'*action ad exhibendum*. Elle sera donc satisfaite dans les deux hypothèses. Les choses ne se passeront pas toujours d'une manière aussi simple ; il y a trois cas notamment où la restitution de la chose volée ne serait pas assurée par le jeu de ces actions :

1° Le voleur est mort laissant des héritiers et la chose volée n'est pas en leur possession. — Les actions en revendication et *ad exhibendum* ne peuvent pas être intentées dans cette hypothèse, l'obligation de restituer la chose elle-même ou sa valeur n'étant à la charge des héritiers que s'ils ont possédé ;

2° La chose volée a péri par cas fortuit chez le voleur. — La victime du vol sera encore dans l'impossibilité de revendiquer : *res extinctæ vindicari non possunt* ;

3° La chose volée s'est détériorée chez le voleur par cas fortuit. — En vertu de la revendication, le voleur devrait rendre la chose dans l'état où elle se trouve ; mais il ne tiendrait pas compte de cette détérioration, puisqu'il n'y a ni dol ni faute de sa part.

Aussi, pour combler ces lacunes et permettre à la victime du vol de se faire indemniser aussi complètement que possible, a-t-on créé la *Condictio furtiva*

en instituant la victime du vol créancière de la chose dont elle est déjà propriétaire. Nous expliquerons plus loin cette anomalie. Or, voici les avantages que le propriétaire peut retirer de cette *condictio* : 1° elle lui permettra d'actionner les héritiers du voleur et de leur réclamer la valeur de la chose volée, bien qu'ils ne l'aient pas possédée. La *condictio* a, en effet, pour but de faire considérer le voleur comme étant un débiteur obligé *quasi ex contractu*, et par suite de rendre les héritiers responsables, comme étant tenus des obligations de leur auteur (loi 7, § 2, Dig., de *Condict. furt.*); 2° le voleur est déclaré en demeure, et les cas fortuits seront à sa charge ou à celle de ses héritiers (loi 20, Dig., de *Condict. furt.*); 3° la *Condictio furtiva* fera obtenir une condamnation dont le *quantum* pourra être plus élevé que celui des deux actions précitées. Le voleur ou ses héritiers doivent rendre la plus haute valeur que la chose ait acquise entre le jour du délit et la *Litis contestatio*, et cela, même si la chose avait péri ou s'était détériorée sans dol ni faute de leur part (L. 3, 7, § 2, 8, § 1 et 2, 13, 20 ; Dig., XIII, 1). Aussi n'est-il pas étonnant de constater dans les textes qu'en pratique le propriétaire victime d'un vol préférerait la *Condictio furtiva* à l'action en revendication ou *ad exhibendum*. Recherchons maintenant quelle était la base juridique de cette *condictio*? Grave est la controverse sur ce point, car la question, qui divisait déjà

les jurisconsultes romains, partage encore les commentateurs modernes. Deux opinions se trouvent en présence : la première soutient que la *Condictio furtiva* a pour fondement l'idée d'enrichissement aux dépens d'autrui ; la seconde prétend que s'il est juste de tenir compte de cette idée dans certains cas, la *Condictio furtiva* n'en a pas moins, en principe, pour base le *creditum* comme toute *condictio* en général.

Le premier système est soutenu avec autorité par M. de Savigny (1). « Le propriétaire, dit-il, dont la fortune est diminuée par un acte injuste a le droit de demander qu'elle soit rétablie dans son intégrité. Or, quand le voleur dépense l'argent, ou consomme le blé qu'il a volé, il s'enrichit injustement aux dépens du propriétaire ainsi dépouillé de son bien ; et pour cette espèce, la *Condictio sine causa* ordinaire suffit pleinement. Même lorsque le voleur perd la chose volée, il est obligé sans être enrichi, mais cette obligation résulte de la *mora* qui accompagne toujours le vol et dès lors point de déviation des règles établies pour la *Condictio sine causa*. Cette action n'est donc en réalité qu'une application de la *Condictio sine causa*. » Puis, le savant auteur nous indique comment et pourquoi les Romains ont été amenés à déroger à la règle générale au sujet de la *Condictio furtiva*. « En principe, dit-il, le besoin et

(1) Savigny, *Traité de Droit romain*, t. V, append. XIV, n^{os} 15 et 17.

la possibilité de la *condictio* n'existent que quand le défendeur ne possède plus la chose, car autrement la revendication suffit et la *condictio* ne peut avoir pour objet un *dare*. Ainsi donc, rigoureusement, la personne volée devrait d'abord rechercher avec soin si l'argent qu'on lui a volé est encore distinct et voir sa demande rejetée si elle se trompe dans le choix de son action ; mais ici les précautions les plus grandes n'offrent pas de garantie certaine, car le voleur peut, à chaque instant, dépenser l'argent volé ou le mêler avec d'autre. L'équité voulant que la personne volée soit mise à l'abri d'un pareil danger, la condictio a été admise par exception, lors même que la chose existe encore et que dès lors la revendication eût été possible. Ainsi donc, sous ce rapport seulement, cette action déroge à la règle générale des condictiones et la dérogation consiste en ce que le choix obligé entre la condictio et la revendication est abandonné pour favoriser le demandeur. »

Nous pensons cependant, contrairement à l'opinion de M. de Savigny, que la *Condictio furtiva* a pour base juridique un *creditum* supposé. Nous reconnaissons que la *Condictio furtiva* est une variété de la *Condictio sine causa* et que, dans certains cas, elle se confond avec elle. Ainsi, par exemple, pour citer une hypothèse empruntée au passage reproduit plus haut, le voleur a consommé l'argent ou le blé qu'il a volé,

la *Condictio furtiva* ne différera en rien, dans ce cas, de la *Condictio sine causa*. Mais comme nous avons admis précédemment que le *creditum* était la base de toute *condictio*, et notamment de la *Condictio sine causa*, l'assimilation possible, dans quelques cas, entre les deux *condictiones* ne peut pas faire changer la base juridique que nous avons établie. Cette idée nous paraît du reste d'autant plus exacte qu'il y a des cas où la *condictio* est donnée sans qu'il y ait enrichissement. Exemple : Un propriétaire de matériaux élève une construction sur un fonds appartenant à autrui, mais dont il a la possession. Si le propriétaire du fonds intente contre lui l'action en revendication, il pourra se faire indemniser au moyen d'une exception de dol insérée dans la formule (loi 9 pr., Dig., *de Acquir. rer. dom.*, XLI, 1). Mais si nous supposons avec la loi 33, Dig., *de Cond. indeb.*, XII, 6, 1, que le propriétaire des matériaux a perdu la possession, nous constatons que le texte lui refuse toute action *quia nullum negotium contraheretur*, parce qu'il n'y a aucun *negotium* qui pût être assimilé à un contrat. Et cependant, dans cette hypothèse, le propriétaire va s'enrichir aux dépens d'autrui ! Du reste, M. de Savigny admet lui-même un cas où le voleur est tenu par la *Condictio furtiva*, sans qu'il se soit enrichi : celui où le voleur a perdu l'objet volé. Aussi, pour donner une base à la *condictio*, est-il obligé de faire intervenir la *mora* et de dire que cette obligation

résulte de la demeure du débiteur. Mais pourquoi invoquer spécialement ici les effets de la *mora*? Pourquoi ne pas donner à la *Condictio furtiva* la même base juridique qu'aux autres *condictiones*? N'est-il pas plus naturel de dire que dans cette hypothèse, comme dans tous les cas précédents, la *Condictio furtiva* suppose un *creditum* et met les parties dans la situation où elles seraient s'il y avait eu contrat? Cette solution nous semble d'autant plus admissible que M. de Savigny dit lui-même « que ce serait une grande erreur de regarder cette action et ses applications les plus fréquentes comme s'écartant du principe général des condictiones ».

Notons cependant que la *Condictio furtiva* présente certaine particularité qui la différencie des autres *condictiones* et qui n'a pas été sans embarrasser les interprètes. La difficulté se présente dans le cas où le voleur est encore en possession de la chose volée et où, par suite, le propriétaire a la revendication en même temps que la *Condictio furtiva*. La *Condictio furtiva* en effet, comme toute *condictio*, suppose une obligation, un droit de créance. Les mots *dare oportere* employés dans la formule ne laissent aucun doute sur ce point. Or, dans notre hypothèse, celui qui intente la *condictio* est resté propriétaire : comment peut-il demander à ce que la propriété lui soit retransférée? Les auteurs se sont divisés pour expliquer cette anomalie. Les uns ont dit : le mot *dare* doit être

pris ici *lato sensu* et se rapporte aussi bien à la possession qu'à la propriété (Voet, *ad tit. de Cond. furt.*, n° 1). D'autres ont prétendu que les Romains considéraient par fiction que le voleur était devenu propriétaire ; d'autres enfin soutiennent que le mot *dare* se rapporte uniquement au montant de la condamnation pécuniaire. Quant à nous, nous préférons nous en tenir au témoignage de Gaius, IV, 4. « *Planè odio furum, dit-il, qui magis pluribus actionibus teneantur effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli rei recipienda nomine fures, hac actione etiam teneantur : si paret eos dare oportere ; quamvis sit etiam adversus eos hæc actio qua rem nostram esse petimus.* » La raison de cette anomalie se trouve donc dans la haine des voleurs. Les Romains ont voulu multiplier les actions pour assurer énergiquement la protection de la propriété et éviter que, par un moyen quelconque, le voleur pût échapper à une répression. Il ne fallait pas, d'autre part, que le propriétaire soit exposé à se trouver désarmé s'il venait à se tromper d'action, ou si le voleur, par son propre fait, avait rendu la revendication impossible.

CHAPITRE III

LA « CONDUCTIO FURTIVA » EST UNE ACTION « REI PERSECUTORIA » ET NON UNE ACTION « PÆNÆ PERSECUTORIA »

Cette question, qui a fait autrefois l'objet d'une longue controverse, est généralement résolue en ce sens que la *Condictio furtiva* n'est pas une action *pænæ persecutoria*. Rappelons cependant brièvement les deux opinions qui s'étaient fait jour à ce sujet.

1^{er} système. — La « *Condictio furtiva* » est une action « *pænæ persecutoria* ».

Doneau (*Donelli opera*, t. IV, liv. XV, cap. xxx, n° 11) s'exprimait ainsi : « *Nascitur vero Condictio furtiva et ipsa ex delicto, quoniam ex furto ut plane ad obligationem hujus delicti referri debeat.* » Voici les arguments sur lesquels se fonde cette théorie : la loi 4, Dig., de *Condict furt.*, XIII, 1, dit-on, suppose qu'un vol a été commis par un esclave et ajoute *in residuum noxæ servum dominus dedere potest*. La *Condictio furtiva* est donc donnée *noxaliter* contre le maître,

et comme les actions noxales dérivent d'obligations naissant *ex delicto*, il s'ensuit que la *Condictio furtiva* est pénale. Nous répondrons qu'il n'est pas démontré que ce texte vise spécialement la *Condictio furtiva*. Il nous paraît plus vraisemblable d'admettre qu'il se rapporte à l'action *furti*, parce qu'il s'explique plus naturellement, selon les principes. Mais, ajoute-t-on, la loi 1, Code, *de Condict. furt.*, IV, 8, dit formellement que si le vol a été commis par plusieurs personnes, elles seront tenues chacune pour le tout (*in solidum*) et que, *si ab uno satisfactum fuerit, cæteros liberari*. Or, ce sont là les caractères de toute action pénale; car si la *Condictio furtiva* était une action civile, chaque coauteur ne devrait être tenu que pour sa part. — Cet argument disparaît si on tient compte de cette idée que les Romains ont introduit la *Condictio furtiva, odio furum*, pour assurer au propriétaire une réparation aussi adéquate que possible au préjudice qu'il avait subi; cette raison explique clairement pourquoi, dans l'hypothèse précitée, la situation des voleurs se trouve aggravée.

2^e système. — La « *Condictio furtiva* » est une action « *rei persecutoria* ».

Cette théorie, qui est la plus rationnelle, se base sur un texte d'Ulpien (loi 10, § 2, Dig., *de Comp.*, XVI, 2, ainsi conçu : « *Quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva cæterorumque male-*

fictiorum, si de ea pecuniariæ agitur compensatio locum habet. Idem est et si condicatur ex causâ furtiva. »

Il est clair que si la *Condictio furtiva* est ainsi mise en opposition avec les actions naissant *ex maleficio*, elle ne peut pas être elle-même une action *ex delicto*. Du reste, comme le fait très justement remarquer M. Desjardins (1), les mots *quia rei habet persecutionem* employés par la loi 7, § 2, Dig., *de Condict. furt.* XIII, I, suffiraient pour déterminer le caractère de la *Condictio furtiva*. D'autre part, elle est donnée contre les héritiers et cet effet ne peut se produire que si elle n'a pas un caractère pénal. De plus, si le vol a été commis par un esclave ou un fils de famille l'action n'est pas donnée *noxaliter*, mais *de peculio*, contre le maître (loi 49, Dig., *de Oblig. et act.*, XLIV, 7; loi 4, loi 19, *de Condict. furt.*) Que conclure de là, sinon que quoique naissant à l'occasion d'un délit, la *Condictio furtiva* n'est pas une action pénale. C'était du reste l'opinion de Cujas (*Cujacii opera*, tome IV, col. 237, lib. IV), Titre VIII Code : « *Proprie igitur hæc actio non est ex delicto. Ex delicto sunt proprie quæ delicti pœnam persequuntur, condictio furtiva rem, non pœnam persequitur.* »

(1) M. Albert Desjardins, *Traité du vol*, § 286, p. 261.

CHAPITRE IV

OBJET DE LA « CONDUCTIO FURTIVA »

La *Condictio furtiva* a pour objet la restitution de la chose volée. Primitivement, il fut restreint aux choses mobilières qui seules pouvaient faire l'objet d'un *furtum*. Mais peu à peu le nombre des choses susceptibles de vol s'augmenta *odio furum* et la *Condictio furtiva* fut étendue à tous ces cas. Ainsi, elle fut accordée au *dominus* dépossédé d'un immeuble par violence (loi 25, § 1, Dig., *de Furtis*, XLVII, 2 ; loi 2, Dig., *de Cond. tut.*, XIII, 3) ; de sorte que le propriétaire avait à la fois l'interdit *unde vi* et la *Condictio furtiva*. Puis elle fut appliquée au cas de *rapina* et de *bona vi rapta* (loi 2, § 26, Dig., *vi bon. rapt.*, XLVII, 8 ; loi 1, § 1^{er}, Dig., *de Cond. tut.*, XIII, 3), et enfin au cas de vol entre époux dont nous parlerons plus loin (loi 2, Code, *rer. amot.*, V, 21).

Au principe que les choses qu'on peut réclamer par la *Condictio furtiva* sont celles qui font l'objet d'un *furtum*, une exception a été apportée en faveur des

personnes libres. L'action *furti* était admise dans ce cas (loi 38, § 1, Dig., de *Furtis*, XLVII, 2); mais la *Condictio furtiva* était refusée, car le *paterfamilias* avait la *patriapotestas* sur ses enfants et non un droit de propriété. Or, si exorbitants qu'aient été les droits attachés à cette *patriapotestas*, ils ne conféraient pas au *paterfamilias* un pouvoir semblable à celui qu'il avait sur les esclaves ou sur les choses. N'étant pas propriétaire, il n'avait pas la revendication (loi 21, § 2, Dig., de *Rei vind.* VI, 1), et n'ayant pas le droit de revendiquer il ne pouvait avoir la *Condictio furtiva*, puisque cette dernière est donnée contre toute personne contre qui on a le droit de revendiquer.

Telle est la règle générale, si la chose volée se trouve encore entre les mains du voleur; mais si, comme cela arrive généralement, le voleur a consommé le produit de son vol ou l'a fait disparaître, l'objet de la *Condictio furtiva* ne pourra plus être qu'une somme d'argent. Dans ce cas, quel en sera le montant? Il se composera, dit Doneau, de deux éléments (*Donelli opera*, vol. VII, liv. IV, tit 8, n° 19): « *Corporis æstimatio et accessiones quæ ideo amissæ sunt domino quia re furtiva caruit, et uno verbo venit id quod domini interest.* »

1° *Æstimatio corporis*. — C'est la valeur de la chose volée. A quel moment faudra-t-il se reporter pour l'apprécier? Sera-ce celui du vol ou celui de la *Litis contestatio*? Le législateur eût pu fixer l'esti-

mation à l'une ou l'autre époque, car toutes deux se justifient par des raisons légitimes. Il est vrai de dire, en effet, qu'à partir du jour du vol; il y a obligation pour le voleur de restituer la *res furtiva* et que, dès lors, l'objet de cette restitution se trouve invariablement déterminé. D'autre part, comme la *Litis contestatio* transforme l'obligation ancienne en une obligation nouvelle (Gaius, *Com.*, III, 180); il est logique de soutenir, surtout dans les actions de droit strict (Accarias, *Précis de Droit romain*, II, p. 876), qu'à ce moment au plus tard le montant de l'obligation du défendeur doit se trouver définitivement fixé. Les Romains ont tenu compte à la fois de ces deux idées et ont décidé, *odio furum*, que l'estimation de la chose volée se ferait d'après la plus haute valeur qu'elle aurait pu acquérir entre la consommation du *furtum* et la *Litis contestatio* (loi 8, § 1, 19, Dig., *de Conduct. furt.*, XIII, 1). Ce résultat peut paraître sévère pour le voleur, mais il découle logiquement des principes généraux que nous avons énoncés précédemment. En effet, le voleur, en vertu même du *furtum*, est constitué en demeure *semper moram fur facere videtur* (Ulpien, loi 8, Dig., *de Cond. furt.*), et il doit en subir toutes les conséquences. Si la chose augmente de valeur entre la consommation du délit et la *Litis contestatio*, cette plus-value appartient au propriétaire, parce qu'il serait injuste que le voleur retirât un bénéfice de la perpétration de son acte

délictueux. Si la chose diminue de valeur, soit par le fait du voleur, soit par cas fortuit, il est naturel que le voleur en supporte également les conséquences, car le propriétaire aurait pu se défaire de la chose s'il n'eût pas été volé (loi 8, § 11, Dig., *de Condict. furt.*, XIII, 1).

Notons qu'une difficulté s'était élevée pour fixer la valeur de la chose volée au cas où elle n'appartient que conditionnellement à la victime du vol, mais la loi 14 pr., Dig., *de Condict. furt.*, l'a résolue en ce sens que le juge devra estimer le *quantum* de cette propriété conditionnelle.

2° *Accessiones*. — Il faut entendre par cette expression toutes les réparations dont est tenu le voleur comme étant les suites de son délit. Ainsi, par exemple, les fruits de la chose volée devront être restitués au propriétaire, le voleur ne pouvant les faire siens pour deux motifs : parce qu'il est de mauvaise foi et de plus parce qu'il est en demeure (loi 8, § 2, Dig., XIII, tit. 1). La loi 3, Dig., *de Condict. furt.*, suppose qu'un esclave a été volé, et que, postérieurement à ce délit, il a été institué héritier, et elle déclare que cet esclave n'ayant pas pu faire adition d'hérédité sur l'ordre du maître *periculum subeat dominus hereditatis perdendæ* et que, s'il meurt, *in conditionem consequitur pretium hereditatis*. Cette décision doit être donnée même au cas où le voleur aurait augmenté la valeur de la chose (loi 3, Dig.,

de *Condict. furt*). Le voleur, par exemple, est un artiste qui a transformé le lingot d'argent en une magnifique coupe ciselée qui lui a demandé beaucoup de travail et de frais. Le propriétaire aura toujours droit, *quamvis cura et sumptibus furis creverit*, soit à la coupe, soit à sa valeur, et cela, sans devoir aucune indemnité au voleur. Cette conséquence, qui semble au premier abord exorbitante, s'explique cependant très bien par les règles de la mise en demeure et par un motif d'équité. On ne comprendrait pas que le voleur puisse, par son délit, obliger le propriétaire malgré lui! Cette règle reçoit du reste un tempérament. Comme le propriétaire n'a droit qu'à *id quod interest*, il ne peut réclamer que la coupe ou la valeur du lingot, mais non pas les deux à la fois. C'est ce qui résulte de la loi 14, §§ 2, 3, Dig., de *Condict. furt*. Un bœuf a été volé puis a été tué, que pourra réclamer le propriétaire? Julien répond : le *dominus* aura le droit de demander la valeur du bœuf, ou si le cuir et la chair ont déjà été réclamés, les cornes qui restent. Mais si le *dominus*, après avoir demandé le prix, réclamait ensuite ou les cornes ou le cuir, etc., il serait repoussé par une exception de dol.

CHAPITRE V

CARACTÈRES DE L'« INTENTIO »

L'*intentio* (*intendere*, prétendre) est la partie de la formule où le demandeur indique sa prétention, *concludit desiderium suum*. Elle en est la base essentielle, aucune formule ne pouvant exister sans *intentio*. Gaius, IV, § 41, nous donne plusieurs exemples des termes employés pour la constituer; nous citerons les deux premiers : « Si paret N^m N^m A° A° sestertium Xmillia dare oportere. — Quidquid paret N^m N^m A° A° dare facere oportere. » D'après ces deux formules, nous voyons que l'*intentio*, dans les actions personnelles, peut être *certa* ou *incerta*. Elle sera *certa* si le demandeur exprime une prétention précise et bien déterminée, comme dans le premier exemple, où il réclame dix mille sesterces. Elle sera *incerta*, au contraire, si cette prétention est vague comme dans le second exemple, où le demandeur conclut à tout ce qui doit lui être donné par le défendeur. Pour appliquer cette distinction, il suffira de voir si l'objet de

l'obligation est un *certum* ou un *incertum*, et de se demander avec la loi 75 pr., Dig., XLV, 1, *quid, quale quantumque sit debeat*.

Or, l'*intentio* de la *Condictio furtiva* est-elle *certa* ou *incerta*? La question présente de l'intérêt : si l'*intentio* est *certa*, le demandeur qui aura réclamé plus qu'il ne lui était dû encourra la *plus petitio* et la perte du procès, tandis que si elle est *incerta*, ce risque n'est plus à craindre : le demandeur est resté dans un tel vague qu'on ne peut pas dire qu'il a réclamé plus qu'il ne lui était dû. M. Desjardins (1) cite un certain nombre d'auteurs qui ont émis des opinions différentes à ce sujet. Pour les uns, la *Condictio furtiva* est *certi* quand la chose existe ; *incerti* quand elle a péri ; pour les autres, elle sera *certi* si l'objet du vol est de l'argent ; *triticaria* s'il consiste en une autre *res certa* ; *incerti* dans tous les autres cas. Mais il rejette ces divers systèmes et il conclut avec raison, à notre avis, que l'*intentio* de la *Condictio furtiva* est *certa*. En effet, Gaius (*Comm.*, IV, 4) et Justinien (*Instit.*, IV, 6, § 14) nous disent que la formule de cette *condictio* est ainsi rédigée : *si paret eos dare oportere*. Or, telle est bien la formule d'une *Intentio certa* : le demandeur y affirme une prétention précise, et de plus nous n'y rencontrons pas les mots *facere* ou *præstare* qui se trouvent toujours dans

(1) Desjardins, *Traité du vol*, p. 246, note 3.

une *Intentio incerta*. Du reste, quel est l'objet de la *Condictio furtiva*? C'est, avons-nous dit, la restitution de la chose volée, c'est-à-dire tel bœuf, tel esclave, etc., car il n'est possible de voler qu'une chose individuellement déterminée. La loi 75 pr., Dig., XLV, 1, reçoit donc ici son application. Si même la chose volée avait péri, le *id quod interest*, revenant au propriétaire à titre d'indemnité, n'aurait rien d'incertain, tous les éléments qui le composent se trouvant clairement déterminés.

Mais, objecte-t-on, les lois 19, § 1, Dig., *de Verb. oblig.*, XLV, 1, et 72, § 3, Dig., *de Solut.*, XLVI, 3, supposent que le volé stipule du voleur *quidquid ex causa condictiois dare facere oportet*. Or, ces expressions sont employées ordinairement pour caractériser l'*Intentio incerta*; donc, l'*intentio* de la *Condictio furtiva* est *incerta*. M. Desjardins répond très bien qu'il n'y a aucun argument à tirer de ces textes, attendu que, dans l'hypothèse, la stipulation avait pour objet d'opérer novation en éteignant la *Condictio furtiva* et ne pouvait pas être rédigée avec une *Intentio certa* puisque, le volé étant resté propriétaire, la stipulation de sa propre chose lui était impossible. Cette stipulation eût été nulle, et pour éviter la nullité, il était nécessaire de poser au juge la question autrement.

Une seule exception avait été apportée à cette règle par la loi 12, § 2, Dig., XIII, 1, relativement

au créancier gagiste. L'*intentio* était *incerta* parce que, le gagiste n'étant pas propriétaire, on sortait du véritable cadre de la *Condictio furtiva* qui *soli domino competit*.

CHAPITRE VI

QUI PEUT INTENTER LA « CONDUCTIO FURTIVA »

Une seule personne peut l'intenter, dit Ulpien, c'est le propriétaire de la chose volée : *solī domino conductio competit* (loi 1, Dig., *de Conduct. furt.*, XIII, 1 ; loi 14, § 16, Dig., *de Furtis*, XLVII, 2). La loi 28, § 9, Dig., *de Jurej.*, XII, 2, confirme ce principe en ajoutant : celui qui jure avoir été victime d'un vol n'a pas la *Condictio furtiva*. Cette qualité de propriétaire nécessaire par intenter cette *condictio* la différencie nettement de l'action *furti* accordée à toute personne qui avait à la non-perpétration du *furtum* un intérêt légitime lois 10, 11, Dig., *de Furtis*, XLVII, 2). La raison de cette différence se trouve dans la facilité plus grande qu'avaient les Romains d'accorder l'action *furti* parce quelle avait un caractère pénal. La *Condictio furtiva*, au contraire, n'a trait qu'aux intérêts civils ; elle a été créée dans le but de pourvoir à l'insuffisance de la revendication. Or, comme elle est donnée à celui contre qui on peut revendi-

quer, il est logique d'admettre que, comme la revendication appartient au propriétaire, la *Condictio furtiva* doit également appartenir au *dominus*.

Ce principe a donné naissance à de graves difficultés que nous allons dès maintenant aborder.

L'usufruitier a-t-il droit à la *Condictio furtiva*?

La loi 12, § 5, Dig., de *Usufructu*, VII, 1, prévoit l'hypothèse et s'exprime ainsi : « Si un voleur a détaché ou coupé les fruits murs, et pendants encore aux arbres, envers qui sera-t-il tenu de la *Condictio furtiva*? Envers le propriétaire ou envers l'usufruitier? » Je pense, dit Julien, parce que les fruits ne deviennent la propriété de l'usufruitier que quand ils sont par lui perçus, que ce sera le propriétaire plutôt que l'usufruitier qui aura la *Condictio furtiva*, bien que les fruits aient été séparés de la terre par un autre ; mais l'usufruitier aura l'action *furti*, car il avait intérêt à ce que les fruits ne fussent pas enlevés. » Marcellus admet le principe posé par Julien (*magis proprietario condictio competit*) d'une manière moins affirmative. Il est touché, nous dit Ulpien, par cette considération que, si postérieurement au vol, l'usufruitier vient à acquérir la possession des fruits détachés par le voleur, ces fruits deviendront peut-être la propriété de cet usufruitier ; or, si les fruits appréhendés après coup par l'usufruitier deviennent siens, pour quelle raison cela se produit-il si ce n'est qu'à un moment donné ils avaient appartenu au nu

propriétaire et puis ensuite étaient devenus la propriété de l'usufruitier? Et le jurisconsulte complète le raisonnement de Marcellus en disant que si l'usufruitier *fructus apprehendit*, il se passe quelque chose d'analogue à une chose léguée sous condition. Or, dans le cas de legs conditionnel, la chose léguée est momentanément la propriété de l'héritier grevé du legs ; mais à l'accomplissement de la condition cette propriété *passé* au légataire et ce légataire aura l'action en revendication pour forcer l'héritier à lui livrer la chose léguée. Mais, ajoute le jurisconsulte, tant que l'usufruitier n'aura pas rempli la condition, c'est-à-dire la perception des fruits, il n'aura pas la *Condictio furtiva*, *verum est enim condictionem competere proprietario*. La conclusion de Marcellus semble donc être la même que celle de Julien, c'est du moins l'opinion qui prévaut aujourd'hui (1).

Cette conséquence peut paraître dure pour l'usufruitier. Voilà un fait auquel il est complètement étranger qui va lui ravir tout ou partie des fruits auxquels il a droit ! Aussi certains commentateurs, trouvant que l'équité était blessée, ont-ils cherché le moyen de venir au secours de l'usufruitier. Il consisterait dans le droit pour l'usufruitier de se faire céder par le nu propriétaire la *Condictio furtiva* ou la revendication acquise par lui. Sans vouloir nous

(1) Desjardins, *Traité du vol*, p. 248, n. 271.— Bufnoir, *Traité de la condition*, p. 384.

attarder à discuter cette théorie, nous dirons que, comme il n'y a aucun rapport d'obligation entre le nu propriétaire et l'usufruitier, le nu propriétaire ne peut pas être tenu envers ce dernier à moins qu'il n'y ait une clause expresse sur ce point. Tout au plus, pour satisfaire à l'équité, pourr ait-on accorder à l'usufruitier une *Condictio sine causa* fondée sur l'enrichissement injuste du propriétaire à raison des fruits qu'il a acquis à son préjudice. Il y aurait dès lors une obligation *quasi ex contractu* sanctionnée par la *Condictio sine causa*. Quoi qu'il en soit, la sévérité que les Romains montraient vis-à-vis de l'usufruitier peut s'expliquer par la défaveur avec laquelle ils voyaient le démembrement de la propriété.

Le principe posé par la loi 12, § 5, est fertile en applications intéressantes : une chose a été léguée sous condition, puis elle a été volée *pendente conditione*, à qui donnerons-nous la *Condictio furtiva* ? A l'héritier ou au légataire ? Elle appartiendra à l'héritier, même si la condition vient à se réaliser plus tard, parce que c'est lui qui, au moment de la naissance de l'action, était propriétaire. Le légataire devra se contenter de la revendication (1).

La loi 38, § 1, Dig., *de Solut.*, XLVI, 3, prévoit le cas où un créancier donne l'ordre à son débiteur de payer à une personne déterminée ; puis, sans prévenir le débiteur, fait défense au tiers de recevoir

(1) Bufnoir, *De la condition*, p. 386-387.

l'argent. Si ce tiers reçoit de mauvaise foi le paiement, quelle sera la situation du débiteur? Il est certain qu'il ne sera pas libéré vis-à-vis de son créancier puisqu'en Droit romain le mandataire ne représente pas le mandant, mais aura-t-il la *Condictio furtiva*? Oui, parce que le tiers a commis vis-à-vis de lui un véritable *furtum* et que lui-même a payé de ses propres deniers. En fait, il préférera peut-être la céder à son mandant pour être libéré vis-à-vis de lui. — La *Condictio furtiva* serait également accordée au mandataire dans le cas où il aurait payé de ses propres deniers pour son mandant à une personne qui sait pertinemment que rien ne lui est dû (loi 18, Dig., de *Cond. furt.*, XIII, 1).

Il suffit, disons-nous, d'être propriétaire pour avoir la *Condictio furtiva*. Conséquences : 1° les incapables auront la *Condictio furtiva*, car ils sont propriétaires; l'exercice seul de cette action sera confié à leur représentant (loi 56, Dig., de *Furtis*, XLVII, 2); 2° les personnes, propriétaires sous condition, y auront également droit; mais comme, dans ce cas, il y a un propriétaire sous condition résolutoire et un autre sous condition suspensive, les textes accordent de préférence la *condictio* au propriétaire sous condition résolutoire. Nous en avons déjà trouvé un exemple dans la loi 12, § 5, Dig., de *Usuf.*, VII, 1. Au cas où une chose léguée sous condition vient à être volée, c'est l'héritier qui a la *Condictio furtiva*; or,

dans l'hypothèse, il est propriétaire sous condition résolutoire. De même, la loi 14 pr., Dig., *de Cond. furt.*, décide que si un esclave ayant été affranchi sous condition vient à être volé *pendente conditione*, ce sera le maître de l'esclave, propriétaire sous condition résolutoire, qui aura la *Condictio furtiva*.

Mais cette règle ne permet pas d'accorder la *Condictio furtiva* au commodataire ou au locataire. La loi 14, § 16, Dig., *de Furtis*, XLVII, 2, donne au commodataire l'action *furti*, mais aucun texte ne lui attribue la *Condictio furtiva*. La loi 22, § 3, Code, *de Furtis*, VI, 2, déclare bien que le commodataire peut faire condamner le voleur *non tantum in rem furtivam, sed etiam in pœnam furti*. Mais on ne saurait tirer argument de ce texte pour fonder le droit du commodataire à la *Condictio furtiva*. La loi 22, § 3, ne s'occupe que de la question de savoir si le commodant se fera restituer la valeur de la chose seulement ou le montant intégral de l'action *furti*. S'il en était autrement, remarque très justement M. Desjardins (*Traité du vol*, p. 250, note 2), il y aurait deux procès relatifs l'un à l'action *furti*, l'autre à la *Condictio furtiva*; or, le texte dit formellement *si quis lite pulsatus condemnationem passus fuerit*. Il serait étrange que le propriétaire qui a le droit de revendiquer n'aie pas la *condictio* destinée à le suppléer à la revendication.

Le principe *soli domino Condictio furtiva competit*

n'est cependant pas absolu ; il reçoit une exception en faveur du créancier gagiste. La loi 12, § 2, Dig., XIII, 1, s'exprime ainsi : Neratius rapporte qu'Ariston a pensé que le créancier gagiste auquel la chose donnée en gage a été soustraite pourra agir par la *Condictio incerti* contre le voleur. D'autre part, Ulpien déclare (loi 22 pr., Dig., XIII, 7) que le créancier gagiste devra imputer sur sa créance tout ce que lui rapporte l'action *furti* et conclut ainsi : « *multo magis hoc erit dicendum in eo quod ex condictione consecutus est.* » — Malgré ces textes formels, il a été soutenu que la *Condictio incerti* était, dans ces hypothèses, simplement destinée à faire recouvrer la possession. Mais, comme l'indique très nettement M. Jourdan (1), ce serait méconnaître les droits du gagiste. La *condictio* dont il s'agit ici a non seulement pour but de faire recouvrer la possession de la chose, mais encore d'en faire obtenir la valeur ; or, tel est bien le rôle de la *Condictio furtiva*. Les Romains se sont servis de l'expression *Condictio incerti* parce que, nous l'avons démontré précédemment, les termes de la formule employée ici ne pouvaient pas être les mêmes que ceux de la *Condictio furtiva* accordée au propriétaire. Enfin, cette exception s'explique rationnellement. A l'origine, le créancier gagiste devenait le propriétaire de la chose donnée en gage, et s'engageait par un

(1) Jourdan, *Hypothèque*, p. 593, n° 1.

contrat de fiducie à la restituer dès qu'il serait entièrement payé. Étant propriétaire, il avait la *Condictio furtiva* et il ne serait pas étonnant, dit M. Desjardins (*op. cit.*), qu'on lui eût permis plus tard d'exercer cette *condictio* en souvenir de cette ancienne situation.

Dans le dernier état du Droit, la *Condictio furtiva* appartenait donc, dans cette hypothèse, à deux personnes : le propriétaire et le créancier gagiste ; comme elle ne peut pas être intentée deux fois, il faut décider que ce sera la partie la plus diligente qui profitera de l'action.

CHAPITRE VII

CONTRE QUI PEUT ÊTRE INTENTÉE LA « CONDUCTIO FURTIVA »

D'une manière générale, on peut dire avec Paul (loi 5, Dig., *de Cond. furt.*) que la *Condictio furtiva* est donnée contre le voleur à ses héritiers *nunquam ea condictione alius, quam qui fecit, tenetur aut heres ejus*. Elle se différencie à ce point de vue de l'action *furti* dont les héritiers ne sont jamais tenus, vu son caractère pénal, et se rapproche de la revendication (1) qui, comme elle, est *rei persecutoria*.

Le voleur, disons-nous, est tenu par la *Condictio furtiva* et cela qu'il soit *alieni juris* ou impubère, car les lois 23 et 24, Dig., *de Furtis*, XLVII, 2, rangent parmi les personnes capables de commettre un *furtum* les *doli capaces*, c'est-à-dire celles qui sont en âge de

(1) La *Condictio furtiva* diffère cependant de la revendication sur de nombreux points, nous citerons le plus important : La revendication est donnée contre celui qui possède et jamais contre l'héritier du possesseur qui est mort en possédant sans dol.

comprendre la portée de leurs actes. (*Inst.*, IV, 1, § 8.)

Les lois 5, 7, 12, Dig., de *Condict. furt.*, disent également que la *Condictio furtiva* sera donnée contre les héritiers du voleur. Cela s'explique par l'idée que la *condictio* naît d'une obligation *quasi ex contractu* et que les héritiers sont tenus des obligations de leur auteur, même s'ils étaient fous ou *infantes* (loi 2, Dig., de *Cond. furt.*). Quant au *quantum* dont sera tenu chaque héritier envers la victime du vol, la loi 9, Dig., *eod. tit.*, nous apprend qu'il sera proportionnel à la part pour laquelle il est héritier, *pro ea parte pro qua heres est*. C'est l'application du droit commun. Voët, tout en admettant le principe, décide cependant qu'au cas où un seul des héritiers *rem furtivam possidet* il serait tenu *in solidum*. Mais cette opinion est restée isolée, car pour déroger au droit commun il ne suffit pas d'établir une analogie avec d'autres textes pris dans d'autres matières, il faut que l'exception se trouve formellement consacrée par une loi.

Arrivons au fils de famille et à l'esclave et examinons dans quelle mesure la *Condictio furtiva* va réfléchir contre le *paterfamilias*. Deux hypothèses doivent être soigneusement distinguées.

1^{re} hypothèse. — Le fils de famille ou l'esclave a volé le premier son *paterfamilias*, le second son maître.

Il est bien certain d'abord que l'action *furti* ne pourra prendre naissance « *lis nulla nobis esse potest cum eo quem in potestate habemus* » (loi 4, Dig., de *Judic.*, V, 1; lois 16, 17, Dig., de *Furtis.*, XVII, 2, *Inst.*, IV, 1, § 12). Une obligation de restituer sera seulement à leur charge.

La loi 9, § 6, Dig., de *Peculio*, XV, 1, nous indique que l'exécution de cette obligation se fera au moyen d'une déduction sur le pécule. Quel sera le montant de cette déduction? « On peut se demander, dit Ulpien, si ce sera la valeur de la chose volée *ipsa furti æstimatio*, ou tout ce qui aurait été dû si l'esclave d'autrui avait commis le *furtum*, c'est-à-dire les peines; mais la première opinion me semble préférable. » Africain complète l'idée en ajoutant que le pécule se trouvera diminué de plein droit « *ipso jure ob id factum minus esse peculium* ». Il suppose qu'un esclave acheté avec le pécule a commis un *furtum* au préjudice du vendeur avant que la chose vendue ait été livrée et il décide que, quoique la chose soustraite ait péri, le pécule se trouve diminué de plein droit, parce que sans doute il est devenu débiteur du maître *ex causa condictiois*. Conséquence: si le maître n'a pas fait la tradition, ce que nous venons de supposer, il retiendra la valeur de la chose volée; si la tradition a

été effectuée, comme le maître se trouve avoir donné plus qu'il ne devait, il aura contre l'acheteur soit la *Condictio indebiti*, soit la *Condictio sine causa* à l'effet de recouvrer ce qui lui a été enlevé.

2^e hypothèse. — Le fils de famille ou l'esclave a volé un tiers, c'est-à-dire une personne à la puissance de laquelle il n'était pas soumis.

La *Condictio furtiva* peut-elle réfléchir contre le *paterfamilias* ou le maître, et être donnée contre chacun d'eux dans la mesure où il a été enrichi? Ulpien répond par l'affirmative où du moins il dit : « *Est verius in quantum locupletior dominus factus est ex furto actionem de peculio dandam* » (loi 7, Dig., de *Condict. furt.*). Dans la loi 3, § 12, Dig., de *Peculio*, XV, 1, Labéon soutient la même doctrine et Africain (loi 30 pr. Dig., de *Act. empti et vend.* XIX, tit. 1, dit formellement que l'action de *peculio* sera donnée quand la chose volée aura accru le pécule. Cette solution semblerait donc s'imposer, si un texte d'Ulpien n'était venu jeter un doute qu'il importe maintenant de dissiper. La loi 4, Dig., de *Condict. furt.*, s'exprime ainsi : « *Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit, sic residuum noxx servum dominus dedere potest.* » Ne résulte-t-il pas de ce texte, dit-on, qu'Ulpien ne parle pas de l'action de *peculio* et attribue au contraire à

la *condictio* le caractère noxal? Cette loi est donc en opposition avec les textes précédents. Remarquons d'abord qu'il est au moins douteux qu'un jurisconsulte comme Ulpien se soit contredit dans deux textes relatifs à la même hypothèse. Mais, cette considération personnelle mise de côté, il ne nous semble pas que le texte sainement interprété aboutisse aux conséquences qu'on lui attribue. Ulpien suppose qu'un vol a été commis par un fils de famille ou un esclave et il examine quelle sera la responsabilité du *paterfamilias* et du maître. Le *paterfamilias* ou le maître, dit-il, pourra être tenu par deux actions: 1° par la *condictio* à l'effet d'obtenir *id quod ad eum pervenit* (ce sera l'action *de peculio*); 2° par l'action *furti*. Mais comme en vertu de cette dernière action, il pourrait être tenu d'une somme plus forte, il avait la faculté de faire l'abandon noxal. Le jurisconsulte ne dit pas que la *Condictio furtiva* donne naissance à l'abandon noxal. Il serait inadmissible, dit M. de Savigny, que le fils de famille ou l'esclave n'ayant pas de pécule, la *condictio* ne puisse pas être donnée contre ce maître dans la mesure où il s'est enrichi du vol commis par son fils de famille ou son esclave. Le même motif d'équité qui a fait accorder une *condictio* contre celui qui ne possède pas en vertu d'un juste titre (loi 25, Dig., *rer. amot.*, XXV, 2), ou qui détient sans cause la chose appartenant à autrui (loi 66, Dig., *de Condict. indebiti*),

doit également s'appliquer à notre hypothèse. C'est là le sens de la loi 4, Dig., de *Condict. furt.* Quant à la présence des mots de *peculio* dans les autres textes, nous croyons, avec M. Desjardins (*op. cit.*, n° 278), que les Romains ont voulu régler d'une manière particulière le cas où le *paterfamilias* ou le maître a donné l'un, à son fils de famille, l'autre à son esclave, une sorte d'indépendance en leur constituant un pécule. La victime du vol aurait seulement l'action de *peculio*, puisque le pécule a profité du vol, mais elle n'aurait plus d'action directe pour recouvrer tout ce qui serait parvenu au maître.

Le fils de famille et l'esclave ne doivent cependant pas être mis sur la même ligne ; la loi 15, Dig., XIII 1, établit à ce point de vue une notable différence entre eux. « *Quod ab alio servus subripuit ejus nomine liber furti tenetur : condici autem ei non potest, nisi liber contrectavit.* » Elle suppose un affranchissement de l'esclave après qu'il a eu commis le vol et décide que l'action *furti* sera donnée contre lui, mais non la *Condictio furtiva*. Pourquoi ? Parce que, l'action *furti* étant pénale, l'esclave affranchi s'oblige *ex delicto* tandis que la *Condictio furtiva* étant civile, l'esclave ne s'oblige que *naturaliter*. Le fils de famille au contraire est toujours soumis à la *Condictio furtiva* parce qu'il est capable de s'obliger par ses contrats. Si cependant, après avoir reçu le bienfait de la liberté, l'esclave affranchi avait commis sur la chose

un nouvel acte de *furtum*, ce nouveau délit entraînerait toutes les conséquences du *furtum*.

Après avoir examiné le cas où l'auteur du vol était unique, nous devons, pour terminer ce chapitre, prévoir celui où plusieurs personnes ont participé au délit. En d'autres termes, demandons-nous si la *Condictio furtiva* est donnée contre les coauteurs et les complices. La loi. 6 Dig., *de Condict. furt.*, XIII, 1, répond qu'elle ne pourra être intentée contre les complices. « *Proinde et si ope consiliove alicujus furtum factum sit condictione non tenebitur et si furti tenetur.* » Mais ce texte présente une certaine ambiguïté, si les mots *ope consiliove* employés ici sont rapprochés des mêmes termes cités par le même jurisconsulte dans la loi 50, § 3, Dig., *de furtis*, XLVII, 2. « *Consilium autem*, dit Ulpien, *dare videtur qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum opem fert qui ministerium atque adjudtorium ad subripiendas res præbet.* » Les mots *ope* et *consilio* ont donc un sens différent, puisque le *consilium* suppose l'assistance, tandis que dans le *furtum ope* il y a concours direct, coopération effective d'une personne à l'acte délictueux. Labéon admettait également cette distinction (loi 59, § 2, Dig., *de Verb. signif.*, XVI), et il est permis de conclure que le *furtum ope consiliove* vise le premier, le coauteur, le second, le complice. Mais si la terminologie dont s'est servi Ulpien n'est pas heureuse,

l'idée fondamentale n'en subsiste pas moins, savoir : celui qui a aidé le voleur par ses conseils n'est pas tenu de la *Condictio furtiva*, les coauteurs seuls demeurent obligés par cette action (loi 1, Code, IV, 8, de *Condict. furt.*)

CHAPITRE VIII

EXTINCTION DE LA « CONDUCTIO FURTIVA »

Parmi les causes d'extinction de la *Condictio furtiva*, nous indiquerons les suivantes : 1° la perte volontaire de la propriété par le propriétaire ; 2° la perte de la chose par cas fortuit, si elle survient après la purge de la *mora* du débiteur ; 3° le recouvrement de la chose par le propriétaire.

1° Perte volontaire de la propriété par le propriétaire.

La *condictio* est corrélatrice du droit de propriété *solī domino competit* (loi 1, Dig., de *Condict. furt.*) ; elle cesse donc d'exister dès que le droit de propriété lui-même disparaît. Ainsi, par exemple, le propriétaire a aliéné la chose, il n'aura plus la *condictio* parce qu'elle n'aurait plus d'objet. Nous donnerions la même solution au cas où il y aurait eu legs d'une chose volée fait à une personne déterminée par le propriétaire qui en a été dépouillé. Le testateur, en

effet, ayant cessé d'être propriétaire n'a jamais eu la *Condictio furtiva* et son héritier, *qui personam defuncti sustinet*, ne l'aura pas davantage, car il ne peut avoir plus de droits que son auteur; d'autre part, la *Condictio furtiva* ne sera pas attribuée au légataire par cette raison qu'elle ne peut appartenir qu'à la victime ou à ses successeurs universels ou à titre universel, et que le légataire n'a pas cette qualité (loi 11, Dig., de *Condict. furt.*). Le légataire, dans cette hypothèse, devra se contenter de la revendication. Le même résultat se produirait en cas de legs conditionnel, *pendente conditione*, l'héritier est resté propriétaire et a la *condictio*, mais à l'avènement de la condition, l'aliénation se trouve consommée et la *Condictio furtiva* se trouve anéantie (loi 11, Dig., de *Condict. furt.*).

Dans tous ces cas, nous avons supposé que le propriétaire avait manifesté formellement son intention de se dépouiller de la chose volée; toute autre serait la décision des jurisconsultes romains, si la perte de la chose ne résultait pas du fait du propriétaire. La loi 12, § 1^{er}, de *Condict. furt.*, au Digeste, nous en fournit la preuve. Ulpien rapporte que, suivant Marcellus, si la chose volée se trouve indivise entre plusieurs personnes, le point de savoir si la *Condictio furtiva* est éteinte dépendra du fait par les communistes d'intenter l'action en partage. Si un communiste a provoqué l'action *communi dividundo* la *Condictio*

furtiva est éteinte; si au contraire elle a été intentée contre lui, il la retient.

2° La perte de la chose par cas fortuit, si elle survient après la purge de la *mora* du débiteur.

La perte de la chose par cas fortuit ne suffirait pas à elle seule pour entraîner l'extinction de la *Condictio furtiva*. « *Exstinctæ res*, dit le paragraphe 26 *Institutes*, H, 1, *licet vindicari non possunt, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis personibus possunt*. » L'auteur du vol et ses successeurs universels ou à titre universel sont responsable au contraire de tous les cas fortuits (loi 7, § 2, 20, Dig., *de Condict. furt.*), en vertu de la *mora* dont nous avons parlé plus haut. Ceci dit, pour trouver l'application de notre hypothèse, nous n'avons qu'à supposer que la *mora* a été purgée et que le propriétaire n'a pas recouvré la possession de sa chose. La *Condictio furtiva*, qui pouvait être intentée grâce aux effets de la *mora*, demeurera éteinte dès que ces effets ne se produiront plus. La *mora* sera purgée dans les cas suivants : le débiteur peut d'abord offrir au propriétaire de lui restituer sa chose (loi 72, § 3, Dig., *de Solut.*, XLVI, 3). Cette offre se fera d'après les règles édictées par la loi : présenter la chose, *opportuno tempore et loco* (loi 39, Dig.); des témoins ne sont pas nécessaires (loi 1, Code, *de Suscept.*, X, 70) ; mais il serait plus

prudent d'en avoir pour montrer que l'offre a été sérieuse. Le débiteur peut ensuite employer un second moyen, faire une stipulation conditionnelle *novandi causa* (loi, 14 pr., Dig., *de Novat.*, XLVI, 2 ; loi 72, §§ 1, 2, *de Solut.*, XLVI, 3), ou une acceptilation conditionnelle *novandi causa* (1).

3° Le recouvrement de la chose par le propriétaire.

La *Condictio furtiva* étant une action *rei persecutoria* n'a plus, en effet, aucun objet si la chose a été recouvrée, ou si le propriétaire est rentré en possession (loi 14, Dig., *de Cond. furt.*). La loi 9, Code, *de Solut.*, VIII, 43, ajoute même qu'une consignation régulière aurait le même effet. Ce mode d'extinction consacre une nouvelle différence de la *condictio* avec l'action *furti*, car cette dernière, étant pénale, ne peut pas être éteinte par suite de la remise de la chose.

(1) Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, pp. 690 et 746.

CHAPITRE IX

CONCOURS DE LA « CONDUCTIO FURTIVA » AVEC LES AUTRES ACTIONS DÉRIVANT DU « FURTUM »

Les actions qui naissent du *furtum* sont de deux natures bien différentes. L'une, l'action *furti*, est *pænæ persecutoria*, tandis que les autres actions en revendication, *ad exhibendum*, *Condictio furtiva*, sont *rei persecutoriaæ*. (Gaius, IV, § 8 ; *Instit.*, § 19, *de Oblig.*, IV, 6 ; loi 7, § 1, *de Cond. furt.*) La *Condictio furtiva* peut donc être appelée à concourir tantôt avec une action pénale, tantôt avec des actions *rei persecutoriaæ*. Pour étudier les règles relatives au concours de ces actions nous distinguerons trois cas :

1° Concours de la *Condictio furtiva* avec l'action *furti* ;

2° Concours de la *Condictio furtiva* avec les autres actions *rei persecutoriaæ* dérivant du *furtum* ;

3° Concours de la *Condictio furtiva* avec les actions nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat.

1^o Concours de la « *Condictio furtiva* » avec
« l'action *furti* ».

Ces deux actions, ayant chacune une sphère d'application différente, peuvent se cumuler ; la loi 7, § 1, Dig., XIII, 1, ne laisse aucun doute à ce sujet : « *Neque furti actio per conductionem, neque condictio per furti actionem consumatur.* » Une de ces actions sera donc valablement intentée, même si l'autre avait déjà produit ses effets. Une seule exception doit être apportée à cette règle au cas où le procès serait engagé sous forme de *Cognitio extraordinaria*. Le magistrat devant lequel va se dérouler le procès a le pouvoir de connaître toutes les questions se rattachant au vol et de les résoudre dans la même instance. Or, si le demandeur a conduit le voleur devant le magistrat, il faut dire avec la loi 56, § 1, Dig., XLVII, 2, « *existimandus est elegisse viam quam persequeretur* ». Que l'affaire se soit terminée par la condamnation du voleur à une somme d'argent ou à la restitution de la chose volée, l'action *furti* ne pourra plus être exercée. Cette solution peut paraître étrange au premier abord, puisque la victime du vol semble anéantir elle-même les moyens que la loi avait mis à sa disposition pour se faire indemniser. Elle s'explique par cette considération que le volé, sachant le voleur insolvable, aura choisi de préférence

cette voie parce qu'il ne pouvait rien espérer de plus que ce qu'il a demandé.

2° Concours de la « *Condictio furtiva* » avec les autres actions « *rei persecutoriæ* » dérivant du « *furtum* ».

Nous avons ici à comparer la *Condictio furtiva* avec l'action en revendication et l'action *ad exhibendum* ; mais comme l'action *ad exhibendum* n'est, en réalité, que le préliminaire de la revendication, nous nous occuperons seulement des effets du concours de la *Condictio furtiva* avec la revendication. Ces deux actions *rei persecutoriæ* peuvent ne pas aboutir au même résultat. Le demandeur qui aura intenté l'une pourra-t-il obtenir par l'autre ce que cette première action ne lui a pas donné. En d'autres termes, bénéficiera-t-il de l'action la plus favorable ? Distinguons deux hypothèses :

1° Le propriétaire intente l'action en revendication.

En principe, la *Condictio furtiva* reste au propriétaire (loi 9, § 1, Dig., de *Furtis*, XLVII, 2). Mais comme il serait injuste de voir ce propriétaire réclamer la valeur de sa chose, après en avoir obtenu la restitution, les Romains n'admettaient pas le cumul et voici le moyen pratique qu'ils employaient. Le juge, l'action en revendication étant arbitraire, ordonnait au demandeur de faire remise de la *Condictio furtiva* au

défendeur, et au défendeur de ne restituer la chose que si cette remise avait été faite. Il y a des doutes sur le point de savoir comment s'opérait cette remise. M. Accarias (*Précis de Droit romain*, II, p. 1089, note 2) pense cependant que la novation et l'acceptilation étaient les modes employés. Si au contraire le juge n'avait pas donné cette remise, l'exception de dol était accordée au défendeur pour repousser la *condictio*.

2° Le propriétaire commence par intenter la « Condictio furtiva ».

Pomponius décide au nom l'équité que les deux actions ne se cumuleront pas. C'est du moins, ajoute-t-il, la solution qui nous paraît préférable, *quod magis placet*, parce qu'il est un peu exorbitant d'accorder au juge le droit d'anéantir la revendication qui n'est pas éteinte. Si cependant le propriétaire avait un intérêt légitime à préférer la possession de la chose à la somme qu'il a reçue, la revendication lui serait accordée s'il restitue cette somme. Dans ce cas, il profiterait de l'action la plus favorable.

3° Concours de la « Condictio furtiva » avec les actions nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat.

Cette hypothèse se présente dans les cas où la *Condictio furtiva* peut être intentée contre une personne qui est déjà tenue envers la victime du vol d'une

action de bonne foi. Ainsi, le voleur était déjà lié, au moment du délit, par un contrat ou un quasi-contrat de commodat, de bail, de gestion d'affaires, avec le propriétaire de la chose volée. Deux actions se trouvent en présence : l'une, l'actionnée du contrat ou du quasi-contrat ; l'autre, la *Condictio furtiva*. Pourront-elles se cumuler ? Le cumul ne sera pas possible si le propriétaire a obtenu par l'une de ces actions toute la satisfaction qui lui était due, mais s'il avait commencé par l'action la moins avantageuse, il pourrait introduire l'autre à l'effet d'obtenir la différence. Voyons quelques espèces :

1° Deux personnes font un commodat : si le commodataire détourne la chose, il sera tenu par deux actions, l'action *commodati* et la *Condictio furtiva*. De ces deux actions, la *Condictio furtiva* est la plus avantageuse, puisque la chose y est estimée d'après sa plus haute valeur depuis la consommation du délit. Si donc le propriétaire volé commence par intenter la *Condictio furtiva*, il ne pourra plus rien réclamer par l'action *commodati*. Mais si, à l'inverse, la victime du vol a d'abord introduit l'action *commodati* elle aura la *Condictio furtiva* pour se faire allouer ce qu'elle aura de plus avantageux sur la précédente (loi 34, §1, Dig., XLIV, 7).

2° En matière de louage. — Si le locataire d'un cheval vole le cheval qui lui est loué sans avoir payé le prix de location, le propriétaire du cheval aura

l'action *locati* pour obtenir la restitution du cheval et le prix de location ; il aura en outre la *Condictio furtiva*. Si ce propriétaire commence par intenter l'action *locati*, il aura perdu la *Condictio furtiva*, puisqu'il a atteint son but, savoir : la restitution de sa chose. Mais il pourrait intenter l'action *locati* postérieurement à la *Condictio*, si elle lui était plus avantageuse, si par exemple elle lui faisait acquérir en plus le prix de location (loi 34, § 2, Dig., *de Oblig et act.*, XLIV, 7 ; loi 42, Dig., *loc cond.*, XIX, 2 ; loi 46, Dig., *pro Socio*, XVII, 2).

3° En matière de société. — Si un des associés détourne une chose appartenant à la société, il est exposé à être poursuivi par deux actions : l'action *pro Socio* et la *Condictio furtiva*. Dans ce cas, comme dans les précédents, l'action *pro Socio* ne sera donnée après la *Condictio furtiva* que dans la mesure où elle accordera un avantage plus considérable. « *Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro Socio actio, nisi pluris mea interest.* » (Loi 47 pr., Dig., *pro Socio*, XVII, 2.)

La même solution devra également être donnée dans le cas de concours de la *Condictio furtiva* avec l'action *negotiorum gestorum* (lois 45, 46, 47, Dig., *pro Socio*, XVII, 2), avec l'action *mandati*, (loi 1, Code, *de Furtis*, VI, 2 ; 46, *pro Socio*, Dig., XVII, 2).

La *Condictio furtiva* peut encore se trouver en concours avec une catégorie spéciale d'actions : les

actions mixtes. Ces actions sont à la fois *rei* et *pænæ persecutoriæ*, elles ont pour but d'infliger une peine et de faire obtenir la réparation du préjudice causé. La *Condictio furtiva* se trouvera donc absorbée par l'action mixte, si elle est intentée la première. Exemples :

1° Le tuteur est tenu par l'action de *rationibus distrahendis* du détournement qu'il aurait commis au préjudice de son mineur. Cette action est mixte; d'une part, elle est pénale et emporte condamnation au double; d'autre part, elle est civile, puisque la moitié de la condamnation est attribuée au mineur pour l'indemniser. Elle écartera la *Condictio furtiva* (loi 2, § 1, Dig., de *Tut. et ration.*, XXVII, 3; loi 55, § 1, Dig., de *Admin. et per. tut.*, XXVI, 7).

2° L'action *legis Aquilæ* est donnée contre la personne qui a tué l'esclave d'autrui après l'avoir volé. La loi 2, § 3, Dig., de *Priv. delict.*, XLVII, 1, déclare qu'elle pourra être introduite après la *Condictio furtiva* parce que l'esclave peut y être estimé à une plus haute valeur.

APPENDICE

DE L'ACTION « RERUM AMOTARUM »

Les Romains ont classé dans une catégorie à part les infractions commises par l'un des époux au préjudice de l'autre. Ils ont compris que s'il importait de réprimer les soustractions entre époux, il était non moins important de tenir compte de la situation toute particulière que créait le mariage.

Supposons donc un mariage *sine manu* et un détournement fait par la femme de certains objets appartenant à son mari. Quelles conséquences ce fait délictueux pouvait-il engendrer? (Disons d'abord, entre parenthèse, que le mariage *sine manu* est la seule hypothèse sur laquelle nous puissions raisonner, puisque s'il était *cum manu* la femme n'aurait aucun bien et serait, vis-à-vis de son mari, comme un fils à l'égard de son *paterfamilias*. Certains juriconsultes avaient pensé qu'il n'y avait pas *furtum* « *quia societas vitæ quodammodo dominam eam faceret* ». Mais cette opinion ne prévalut pas et on

décidait généralement qu'il y avait *furtum* parce que tous les éléments constituant ce délit se trouvaient réunis. La loi 29, Dig., *rer. amot.*, XXV, 2, confirme cette dernière opinion, car elle déclare les *res amotæ* non susceptibles d'être usucapées. Toutefois, par respect pour le mariage et pour éviter la désunion dans le ménage, les Romains ont refusé l'action *furti* pour empêcher que l'époux condamné ne soit noté d'infamie (loi 2, Dig., *de Act. rer. amot.*). Ils n'ont admis qu'une action civile à laquelle ils ont donné un nom spécial *in honorem matrimonii*, ce fut l'action *rerum amotarum*; cette action *rerum amotarum* n'est donc, en définitive, qu'une variété, une nouvelle forme de la *Condictio furtiva*.

Comme la *Condictio furtiva*, l'action *rerum amotarum* est bien une *condictio*. Gaius le dit de la façon la plus formelle (loi 26, Dig., *de Act. rer. amot.*, XXV, 2) « *rerum amotarum actio condictio est* », et Ulpien s'exprime dans les mêmes termes (loi 17, § 2, Dig., XXV, 2). Elle est de plus *rei persecutoria*, car elle poursuit la restitution des choses volées (loi 21, § 5, Dig., *act. rer. amot.*).

Indiquons les conditions spéciales que cette action doit remplir pour être accordée.

1° Il faut que la soustraction soit opérée *pendant* le mariage (loi 3, § 2, Dig., *Act. rer. amot.*). Conséquences : 1° Si elle avait été commise avant le mariage, l'action *rerum amotarum* ne serait pas

donnée. Il y aurait lieu d'introduire la *Condictio furtiva*, mais l'action *furti* sera écartée par déférence à l'égard des époux *propter reverentiam personarum* ; 2° Si les objets ont été volés après le mariage dissous, l'action *rerum amotarum* ne sera pas ouverte (loi 6, § 6, Dig., *eod. tit.*) « *quia rei hereditariæ nondum possessæ non sit furtum* » ; mais les héritiers au préjudice desquels a été commis le détournement auront l'action en revendication ou la pétition d'hérédité si l'adition d'hérédité n'a pas été faite. L'adition d'hérédité, faite au moment où le vol s'accomplissait, aurait eu pour effet de rendre applicables les règles relatives au *furtum* ordinaire.

2° Il faut que le détournement se produise en prévision du divorce et que le divorce ait suivi (loi 25, Dig., *eod. tit.*) Il peut donc se placer soit avant le divorce, soit endernière limite, au moment même où il a lieu, *divortii tempore* (loi 3, § 3, loi 19, Dig., *Act. rer. amot.*). Ulpien applique même cette action au cas où la femme a dérobé des objets pendant le mariage et les cache en se retirant « *res quas nuptia amoverit, si quum discederet eas celaverit* (loi 17, § 1, Dig., *eod. tit.*).

A titre exceptionnel l'action *rerum amotarum* peut même être donnée, bien que la soustraction n'ait pas eu lieu en vue du divorce. Ce cas est prévu par la loi 21 pr., Dig., *Act. rer. amot.* : Une femme, prévoyant la fin prochaine de son mari, soustrait

certaines objets en vue de cette mort. Puis, au lieu de mourir, le mari revient à la santé et fait prononcer le divorce. D'après la rigueur des principes, l'action *rerum amotarum* ne devrait pas être accordée, puisqu'une des conditions essentielles à sa formation, la soustraction en vue du divorce, fait défaut. Mais comme le divorce a été prononcé, les Romains ont tenu compte de cette circonstance et ont autorisé l'action à titre utile seulement. — Si au contraire le mari était mort, il n'y aurait pas eu divorce et l'action *rerum amotarum* n'aurait pas pu prendre naissance. L'héritier ne disposera que de la pétition d'hérédité ou de l'action *ad exhibendum* (loi 22, § 1, Dig., Act. rer. amot.).

Ajoutons qu'à l'époque classique le mari qui pouvait intenter l'action *rerum amotarum* était en droit de retenir, s'il devait restituer la dot, le montant de ce qui lui avait été soustrait. C'était la *retentio propter res amotas* (Ulpien, *Règles*, VI, 9). Justinien supprima les *retentiones* sur la dot (loi 1, § 5, Code, de *Rei uxoriæ actione*, V, 13) parce que le *judicium rerum amotarum* était accordé aux maris « *cum pateat omnibus maritis rerum amotarum judicium* ».

L'action *rerum amotarum* a pour objet, comme la *Condictio furtiva*, la restitution de la chose soustraite; les modes d'estimation, la forme sont les mêmes, et pour éviter une répétition inopportune, nous renverrons sur ce point à ce que nous avons déjà dit au

sujet de la *Condictio furtiva*. Arrivons de suite aux particularités que présente l'action *rerum amotarum* relativement aux personnes qui peuvent l'intenter et celles contre lesquelles elle peut être intentée.

A l'époque classique, l'action *rerum amotarum* appartenait aux deux époux et à leurs héritiers. Mais, comme nous l'indiquent les lois 1, 6, §§ 3, 7, 11, Dig., *eod. tit.*, elle a d'abord été accordée au mari seul, puis étendue à la femme. L'honneur du mariage, qui l'avait fait admettre dans un cas, la prescrivait également pour l'autre. Néanmoins, la plupart des textes supposent que l'action est intentée par le mari contre la femme. Pour que cette action appartienne à l'un des époux, il faut que le mariage soit véritable et régulier, qu'il s'agisse de *justæ nuptiæ*. Conséquence (loi 17, Dig., *Act. rer. amot.*) : cette action ne recevra pas son application s'il s'agit d'une concubine, ou d'un mariage entre un tuteur et sa pupille, etc.

Si l'un des époux était *alieni juris*, l'action ne lui serait pas donnée : elle appartiendrait à son *paterfamilias*. Le mari par exemple est *alieni juris* et sa femme détourne certains objets au préjudice du *paterfamilias* du mari : c'est le *paterfamilias* qui aura l'action (loi 6 pr. et § 1, Dig., *eod. tit.*). L'action appartiendrait de même au grand-père contre la femme de son petit-fils *in potestate* (loi 15, Dig., *eod. tit.*). L'action *furti* ne serait pas donnée, mais si

le fils ou le petit-fils venait à être émancipé, le lien de puissance étant rompu, elle pourrait reprendre son application si de nouveaux détournements étaient commis.

Quoique l'action *rerum amotarum* remplace dans ce cas la *Condictio furtiva*, il y a cependant une hypothèse où, par exception, ces deux actions vont se trouver en concours. Les lois 17, § 3, 18, nous l'indiquent : Une femme détourne une chose appartenant à son mari et donnée en gage par ce dernier à un tiers. Le mari aura l'action *rerum amotarum* et le tiers la *Condictio furtiva*. Les deux actions concourront donc, mais ne se cumuleront pas, puisqu'elles appartiennent à deux personnes différentes.

L'action *rerum amotarum* est donnée contre l'auteur de la soustraction, c'est-à-dire, dans l'hypothèse que nous avons prévue, contre l'épouse. Si cette épouse qui a commis le détournement est *alieni juris*, contre qui sera-t-elle donnée? Voici une espèce : Une fille de famille a commis une soustraction au détriment de son mari; à qui le mari s'adressera-t-il pour obtenir la restitution de ce qui lui a été dérobé? Les lois 3, § 4, 4 et 5, Dig., *Aact. rer. amot.*, nous indiquent la solution. Pour l'expliquer, distinguons si l'époux qui a opéré la soustraction est vivant ou s'il est mort.

1° Si l'époux est vivant, l'action sera donnée contre le *pater familias* du chef de l'époux non *in potestate*,

mais de *peculio*. Et de plus si ce *paterfamilias* a tiré un profit du détournement, il pourra être tenu personnellement par une *Condictio sine causa*;

2° Si au contraire l'époux est mort, l'action de *peculio* n'est plus possible, la *Condictio sine causa* seule sera donnée contre le *paterfamilias* s'il a retiré un profit de la soustraction.

L'héritier de la femme sera, comme elle, tenu par cette action (loi 6, § 4, Dig., *rer. amot.*). Dioclétien et Maximien (loi 2, Code, *rer. amot.*, V, 21) semblent dire que les héritiers ne sont tenus que pour ce qui leur est parvenu et non pour le tout « *non in solidum, sed in quantum ad eos pervenerit* ». Quoique cette idée ait été suivie par quelques interprètes, il nous semble préférable de dire avec M. Desjardins (*Traité du vol*, n° 298) que ce texte ne vise que la division des dettes entre les héritiers et n'a pas pour but de déroger aux règles de la *Condictio furtiva* dont l'action *rerum amotarum* n'est qu'une transformation.

Les causes d'extinction de l'action *rerum amotarum* sont les mêmes que celles de la *Condictio furtiva* ; nous en signalerons cependant une qui est particulière à cette action. La loi 38, Dig., *rer. amot.*, XXV, 2, déclare que si le mariage dissous venait à être rétabli, l'action ne pourrait plus être exercée alors même qu'elle aurait déjà été intentée. Mais elle renaîtrait si un second divorce était de nouveau prononcé (loi 23, Dig., *eod. tit.*).

DROIT FRANÇAIS

DES CAS

OU L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE

EST SUBORDONNÉ

A LA PLAINTÉ DE LA PARTIE LÉSÉE

INTRODUCTION

Le Code d'instruction criminelle a rendu l'action publique indépendante de toutes les transactions et de tous les intérêts particuliers pour ne pas introduire la vengeance privée dans la justice qui a pour objet de la prévenir. L'action pour l'application des peines, dit l'art. 1^{er} Instr. crim., n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi ; et l'art. 4 ajoute : La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique.

Toute infraction à la loi pénale, en effet, qu'elle soit qualifiée crime, délit ou contravention, cause un trouble plus ou moins profond dans la Société et en même temps, dans la plupart des cas, un préjudice à la personne victime de l'infraction. De là, deux actions complètement distinctes : l'une, l'action publique, exercée au nom de la Société par le Ministère public pour requérir l'application d'une peine (art. 1, 2 Instr. crim.); l'autre, l'action civile, accordée à la personne lésée pour obtenir réparation du dommage causé. Le Ministère public a donc seul qualité pour exercer l'action publique sans avoir besoin d'examiner au préalable s'il y a une plainte de la partie lésée ; la loi s'en rapporte à son courage et à sa fermeté pour assurer la paix et la tranquillité des citoyens. Ce principe général n'est cependant pas absolu. Des considérations variées ont déterminé le législateur à le faire fléchir à l'égard de certains délits limitativement désignés. Quels sont ces délits ? Dans quels cas la plainte de la partie lésée sera-t-elle nécessaire pour permettre au Ministère public d'exercer l'action publique ? Quelle est la forme de la plainte et quels sont ses effets ? Tel sera l'objet de notre travail que nous compléterons par l'exposé succinct de quelques législations étrangères.

SECTION PREMIÈRE

NOTIONS GÉNÉRALES.

La règle générale en vertu de laquelle le Ministère public peut, au nom de la Société, poursuivre tout délit quel qu'il soit, serait bien sévère si elle n'était tempérée par quelques exceptions. Il est des cas, en effet, où la répression de certains délits, bien que des motifs d'ordre et de justice rigoureuse justifient la poursuite d'un Ministère public impitoyable, peut devenir pour la Société un danger plus grand que l'impunité. Aussi le législateur a-t-il été amené à examiner les circonstances dans lesquelles il y aurait un intérêt légitime à sacrifier l'action répressive ou du moins à arrêter la mise en mouvement de l'action publique jusqu'à ce qu'une plainte de la partie lésée soit intervenue. Nous entendons par plainte, une déclaration par laquelle la victime d'un délit *lato sensu* en fait l'exposé à un officier de police judiciaire pour que l'auteur en soit poursuivi.

Avant d'exposer la classification et le fondement rationnel de cette exception, nous commencerons par en indiquer l'origine historique.

SECTION II

ORIGINE HISTORIQUE

Nous diviserons cet aperçu rétrospectif en trois parties : le Droit romain, l'ancien Droit, et le Droit actuel.

Droit romain. — L'origine des cas où l'action publique est subordonnée à une plainte préalable de la partie lésée peut se retrouver jusque dans les lois romaines. A Rome, en effet, il y avait deux sortes de délits : les délits publics intéressant la chose publique, *de rebus civitatis*, pouvant être poursuivis par tous les citoyens, et limitativement déterminés par la loi ;

Et les délits privés « *ibi principaliter de damno agitur quod domino datum est* », dit Ulpien (loi 7, § 1, Dig., *de Injuriis*, liv. XLVII, 10), comme le *furtum*, l'*injuria*, poursuivis par les parties intéressées, jugés par une juridiction civile. Il ressort donc clairement de ces deux définitions que nous devons écarter les *delicta privata* pour trouver une application de notre règle exceptionnelle puisque, pour ces sortes d'infractions, la plainte des parties intéressées est toujours exigée et que, loin d'être une exception, c'est la règle générale. L'exception, au contraire, n'a pu naître qu'à propos des *crimina pu-*

blica pour lesquels le droit d'accusation était accordé à tous les citoyens aussi bien aux parties intéressées qu'à tous les citoyens non déclarés indignes par la loi (loi 30, § 1, Dig., *ad Legem Corneliam de falsis*). Nous trouvons, en effet, deux restrictions établies par les textes à ce principe général : 1° le crime de supposition de part ne peut être poursuivi que par les parents et ensuite par certaines personnes qui ont intérêt : « *De partu supposito soli accusant parentes aut hi ad quos ea res pertineat, non quilibet ex populo est publicam accusationem intendat* (1). » Pourquoi ? « *Publice interest partus non subjici ut ordinum dignitas familiarumve salva sit* (2) ; » 2° le délit d'adultère. — Dans le très ancien Droit romain, le mari seul pouvait traduire sa femme devant un tribunal. Puis, quand les lois *Papia Poppæa* et *Julia de adulteriis* vinrent encourager au mariage et punir ceux qui violaient la foi conjugale, l'adultère devint un crime public, mais il s'écartait des règles du Droit commun. On distinguait, en effet, deux sortes d'accusations : *ex mariti vel patris* et l'accusation *ex jure extranei* ; la loi 4, § 1 Dig., *ad Legem Juliam de adulteriis*, XLVIII, 5, dit que le pouvoir d'accuser n'appartient aux étrangers qu'après le mari et le père pendant soixante jours : « *Extraneis autem qui accusare possunt accusandi facultas post maritum et pa-*

(1) Loi 30, § 1, Dig., *de Lege Cornelia de falsis*, XLVIII, 10.

(2) Ulpien (loi 1, § 3, Dig., *de Insp. ventre*, XXV, 4).

trem conceditur ; nam post sexaginta dies quatuor menses extraneis dantur et ipsi utiles. »

Et le mari, même après les deux mois (1) qu'il avait, par privilège, concurremment avec le père pour exercer la poursuite, pouvait se faire subroger à l'accusateur étranger si celui-ci n'avait pas encore entamé les poursuites (loi 4, § 2, Dig., *ad Legem Juliam*). Puis la loi *Julia* (loi 15, § 6, Dig. ; loi 1, Code, *ad Legem Juliam*) interdit aux mineurs de 25 ans et aux femmes le droit d'accuser en matière d'adultère. Enfin Constantin écarte tous les étrangers et ne donne l'action qu'aux plus proches parents : « *Proximis necessariisque personis quos verus dolor ad accusationem impellit.* » Justinien n'accorde même l'action qu'au père et à l'oncle (loi 30, Code, IX, 9).

Ancien Droit. — Pendant une très longue période de temps, nous voyons que, loin d'être exceptionnelle, la plainte de la partie lésée était au contraire nécessaire pour mettre en mouvement l'action publique. C'en est guère qu'à partir du xvii^e siècle que l'origine de notre exception peut être aperçue.

L'Ordonnance d'août 1670 (tit. XXV, art. 19) disait en effet : « enjoignons à nos procureurs et à ceux des seigneurs de poursuivre incessamment ceux qui seront prévenus de crimes capitaux ou auxquels il écherra peine afflictive nonobstant toute transaction

(1) Lois 1, § ult., 3, 4, § 1, 30, § 1^{er}, Dig., *ad Legem Juliam de adulteriis*.

et cessions de droits faites par les parties et, à l'égard de tous les autres, seront les transactions exécutées sans que nos procureurs et ceux des seigneurs puissent en faire aucune poursuite. » Or, cette distinction admise entre les infractions graves donnant lieu à une poursuite d'office et les infractions moins graves laissées aux mains des particuliers, on conçoit que, pour les premières, le Ministère public ait rencontré quelques résistances dans sa mission. Dans certaines circonstances spéciales, il pouvait, en agissant d'office, blesser l'honneur des familles, dévoiler des faits sur lesquels il eût été sage de garder le silence, en un mot ne pas tenir compte d'une situation intime que l'intéressé seul pouvait apprécier. Pour remédier à ces inconvénients, il fut admis que, dans certains cas spécialement déterminés, le Ministère public ne pourrait agir que sur la plainte de la partie lésée. Quels sont-ils ?

Les anciennes Ordonnances sont absolument muettes sur ce point, mais la pratique a été obligée de combler cette lacune, c'est ce que nous dit Muyart de Vouglans notamment (*Lois criminelles*, p. 269, à propos de la supposition de part, liv. III, tit. V, chap. III, n° 5) : « Quant à nos usages particuliers en cette matière, nous ne connaissons aucune loi qui contienne comme celle du Droit romain des dispositions précises soit sur la punition de ce crime, soit sur la manière de le poursuivre, en sorte que

c'est dans la jurisprudence seulement qu'il faut chercher les principes particuliers qui doivent nous régler sur l'un et l'autre de ces points. » Cette jurisprudence nous signale :

1° L'adultère. — Le mari à l'exclusion de tous autres, et c'est une notable différence avec le Droit romain, avait seul le droit d'accuser sa femme. (Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 223, liv. III, tit. iv, n° 16; — Jousse, *Just. crim.*, IV partie, liv. III, tit. iii, n° 43; — Ayrault, *Instr. judiciaire*, liv. II, n° 52.) Cependant certains arrêts admettaient que la partie publique reprenait son entière liberté d'action: quand le mari avait encouragé de quelque manière la débauche de sa femme (arrêts rapportés par Muyart et Jousse, *eod. op.*); quand le mari était absent et qu'on n'avait pas de ses nouvelles; quand il était dans l'impossibilité de poursuivre à cause de sa pauvreté. De plus, les arrêts faisaient déchoir le mari du droit de se plaindre lorsqu'il était tombé dans le même crime, lorsqu'il s'était désisté, lorsqu'il avait fait des marques extérieures de réconciliation, lorsqu'il avait gardé le silence pendant 5 années.

2° La supposition de part était soumise à la même restriction, ainsi que le constatent les anciens criminalistes. (Jousse, *Just. crim.*, IV partie, tit. LII, n° 4.) L'action en supposition de part, dit-il, ne peut être intentée que par les parents qui y ont intérêt

suivant la loi 36 *de partu supposito*, Dig., *ad Legem Cornelianam de falsis*.) — Muyart de Vouglans (*Lois criminelles*, liv. III, tit. V, chap. III, n° 6, p. 269): « Pour ce qui concerne la poursuite de ce crime, nous ne suivrons point la disposition du Droit romain en ce qu'il admet généralement à cette poursuite tous les parents et autres qui peuvent y avoir quelque intérêt. Nous n'y admettons seulement que le mari qui prétend que l'enfant n'est pas de lui. »

Enfin, nous dit Jousse (*Instruction criminelle*, page 198, partie 1, tit. III, n° 6), les officiers publics ne sont point reçus à accuser lorsqu'il s'agit d'injures et d'affaires légères. (Arrêt de règlement des Grands jours de Clermont, 10 décembre 1665.)

Droit actuel. — Notons, avant d'arriver au Code d'instruction criminelle, que depuis la législation de 1791 jusqu'à 1808 le Ministère public était revêtu de la pleine et entière disposition de l'action publique. Les lois des 19-22 juillet et 16-29 septembre 1791, en effet, accordaient le droit de poursuite des délits soit aux parties lésées, soit au procureur de la Commune; et des crimes, aux officiers de police soit sur une dénonciation, soit d'office. Plus tard, le Code du 3 brumaire an IV, art. 4, disait : « Tout délit donne essentiellement lieu à une action publique », et art. 100 : « Toutes les fois qu'un juge de paix apprend, soit par une dénonciation ou plainte, soit autrement, qu'il a été commis dans son arrondisse-

ment un délit de nature à être puni soit d'une amende au-dessus de la valeur de 3 journées de travail, soit d'un emprisonnement de plus de trois jours, soit d'une peine afflictive ou infamante, il est tenu, sans attendre aucune réquisition, de faire ses diligences pour s'assurer du fait, découvrir le coupable et le faire comparaitre devant lui. Telle était la règle générale jusqu'en 1808. Les rédacteurs du Code d'instruction criminelle avaient donc à choisir entre 3 systèmes : 1° revenir au très ancien Droit et exiger dans tous les cas la plainte des parties lésées ; 2° suivre le système des lois de 1791 et dire que le Ministère public pourrait poursuivre d'office tous les crimes sans distinction ; 3° déclarer, comme dans le Droit romain et notre ancien Droit jusqu'au xvii^e siècle, que l'action publique serait suspendue dans certains cas limités. Frappé des graves inconvénients des deux premiers systèmes et surtout de ceux de la législation de 1791, qui était en vigueur au moment de cette discussion, le législateur n'a pas hésité à consacrer le 3^e système qui était celui de la pratique admise par notre ancienne jurisprudence. Aussi, après avoir établi le principe de l'indépendance de l'action publique et du Ministère public, il a soigneusement déterminé les cas dans lesquels il entendait déroger à ce principe et exiger la plainte de la partie lésée pour que la mise en mouvement de l'action publique fût possible. Ces délits sont : l'adultère, 336

Code pénal; le rapt, 357 Code pénal; la diffamation et les injures, art. 47, 60, loi 29 juillet 1881; le délit de chasse, loi 3 mai 1844, art. 26; le délit de pêche, loi 15 avril 1829, art. 67; de contrefaçon industrielle, art. 45, loi 5 juillet 1844; les délits des fournisseurs militaires, art. 430-433 Code pénal; les délits commis à l'étranger, art. 5 Instruction criminelle. — Certains criminalistes cependant, quoique d'accord pour admettre l'exception à la règle générale, se divisent au contraire quand il s'agit d'énumérer les cas dans lesquels on pourra admettre une dérogation. Les uns veulent subordonner la poursuite à une plainte préalable toutes les fois que le délit porte atteinte à des droits que la partie lésée pourrait aliéner; les autres soumettent à cette condition la poursuite de tous les délits qui peuvent compromettre l'honneur et la tranquillité des familles, ou dont l'impunité n'entraîne pas un péril social s'il n'est pas porté plainte. Ces opinions n'ont pas prévalu, et à juste titre selon nous, car la première théorie confond l'action publique et l'action civile, et la seconde sacrifie l'intérêt public : car la Société a intérêt à punir même si l'action ne se renouvelle pas. Aussi dirons-nous avec Faustin Hélie (1), qui a formulé, notamment sur ce point, les vrais principes de notre Code : « La limite de l'exception doit être

(1) Faustin Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 749.

prise non dans les règles du Droit, mais dans les considérations plus flexibles de l'utilité sociale. L'action publique peut s'arrêter là où le mal causé par le délit est secondaire et où la poursuite serait pour la Société un péril réel. »

SECTION III

FONDEMENT RATIONNEL

Le droit pour le Ministère public d'agir *proprio motu*, dans l'intérêt de l'ordre public, bien que la prudence des tribunaux puisse tempérer son zèle et qu'il se tienne lui-même sur la plus grande réserve, aurait pu présenter les plus graves inconvénients. « Le seul fait des poursuites, dit très bien M. Alglave (1), n'a-t-il pas bien souvent causé aux parties un préjudice considérable, quelquefois même un dommage qu'il n'est pas possible de réparer ? N'arrivera-t-il jamais qu'une poursuite mal fondée, bien qu'elle soit repoussée, cause d'inutiles blessures d'amour-propre en dévoilant des choses qu'on était bien aise de laisser dans l'ombre. Puis un procès laisse toujours, quelle qu'en soit l'issue, sur l'esprit public, une fâcheuse impression ; il y a tant de gens qui ne savent pas distinguer le prévenu du coupable ! S'il n'y avait rien eu, disent-ils, on ne l'aurait pas

(1) Thèse. Action du Ministère public, p. 65.

accusé et le tribunal a beau déclarer hautement que le Ministère public avait tort : ce sont les preuves qui manquaient, réplique-t-on, quand on n'invoque pas l'habileté captieuse d'un avocat ou l'influence occulte des relations personnelles. » Il eût donc été regrettable que, dans certaines hypothèses, et notamment lorsqu'il, s'agit d'infractions touchant à la dignité de la famille, à l'honneur des personnes ou à certains intérêts privés d'une appréciation particulièrement délicate, ce soit le Ministère public qui ait été juge de l'opportunité de la poursuite. Il peut arriver en effet que la partie victime du délit ait plus à souffrir de la publicité des débats et de la révélation de faits jusque-là tenus secrets que le coupable lui-même de la peine qui lui serait infligée. Pourquoi dès lors ne pas laisser les personnes offensées libres d'apprécier le bien ou mal fondé de la poursuite et de dire si elles préfèrent l'impunité au scandale pouvant résulter du procès ? Tous ces délits, du reste, n'intéressent l'ordre public que d'une façon secondaire, car ils touchent plus à l'intérêt privé qu'à l'intérêt général. Il est donc facile de comprendre que le législateur se soit montré tolérant et que, dans l'intérêt même de la Société, il ait pensé que dans certaines hypothèses la paix des familles pouvait constituer, même au point de vue social, un intérêt supérieur à celui de la répression.

Notons, avant de terminer ces préliminaires, que, comme la poursuite de ces délits constitue une dérogation au grand principe de la libre et entière indépendance du Ministère public et que les exceptions sont de droit étroit, nous ne pourrons étendre à des cas analogues les textes que nous venons d'énumérer.

Toutes ces exceptions peuvent se grouper autour de trois idées générales qui formeront les trois grandes divisions de notre travail et que nous développerons dans l'ordre suivant :

DIVISION DU SUJET

I. — Au point de vue de l'intérêt de famille.

1° Adultère, 336 C. pén.

2° Rapt, 357 C. pén.

II. — Au point de vue de l'intérêt privé.

1° Diffamation et injures. Loi 29 juil. 1881.

2° Chasse. Loi 3 mai 1844, art. 26.

3° Pêche. Loi 29 avril 1829, art. 67.

4° Contrefaçon industrielle. Loi 5 juil. 1844, art. 45.

III. — Au point de vue de l'intérêt public.

1° Fournisseurs militaires.

2° Délits commis à l'étranger.

Nous étudierons ensuite.

IV.— Les formes de la plainte.

V.— Les effets de la plainte.

VI.— Les législations étrangères.

PREMIÈRE PARTIE

AU POINT DE VUE DE L'INTÉRÊT DE FAMILLE

CHAPITRE PREMIER

ADULTÈRE

I. — *Notions générales.*

Les auteurs sont loin d'être d'accord sur l'étymologie qu'il convient de donner au mot adultère. Les canonistes prétendent que ce terme vient de « *quod aliquis accedat ad alteram* » (S. Thomas, 22, q. 154). Festus dit à son tour : « *Adulter et adultera dicuntur quia et ille ad alteram et hæ ad alterum se conferunt.* » Voltaire, dans son Dictionnaire philosophique, ne se prononce pas. Pour lui, cette expression ne vient point des Grecs, ni des Hébreux, mais des Latins. Chez eux, « adultère signifiait altération, une chose mise pour une autre, un crime de faux, fausses clefs. De là celui qui se met dans le lit d'un autre fut nommé *adulter*, comme une fausse clef qui fouille dans la serrure d'autrui ». Les criminalistes admettent en général que ce mot vient de *alienus* et de *torus* et signifie violation, profanation du lit conjugal.

Nous définirons l'adultère : La violation de la foi conjugale, intentionnellement consommée par un commerce illicite entre deux personnes de sexe différent, dont l'une est mariée. Quatre conditions sont donc nécessaires pour le constituer : 1° mariage d'un des coupables au moins ; 2° consommation de rapports illicites ; 3° intention coupable ; 4° différence de sexe.

1° Mariage d'un des coupables au moins.

Notre Code n'a pas consacré la distinction faite par le Droit canon entre l'adultère *simple*, commis par deux personnes dont l'une au moins est mariée, et l'adultère *double*, commis par deux personnes qui toutes deux sont enchaînées par les liens du mariage. Il a suivi la théorie romaine et infligé la même peine au coupable dans les deux cas. Toutefois, le mariage est un des éléments essentiels et indispensables à la formation de l'adultère ; les art. 336 à 339 Code pénal ne laissent aucun doute à ce sujet. Conséquences : 1° l'adultère ne peut pas exister *avant* le mariage. Ainsi le mari qui, cinq mois, par exemple, après son mariage, se trouve déclaré père d'un enfant en vertu de la maxime « *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant* », n'est pas recevable à porter une plainte en adultère contre sa femme. Il n'aurait même, dans ce cas, ni l'action en divorce, ni l'action en séparation de corps, l'injure n'ayant pas été com-

mise pendant le mariage ; l'action en désavœu lui serait seule ouverte (312, 314 C. civ.). Aussi croyons-nous, qu'en égard à la bonne foi de cet époux le législateur de 1884 aurait pu prendre en considération cette situation réellement digne d'intérêt et indiquer ce cas parmi les causes de divorce ; 2° l'adultère manque de base quand le mariage n'existe plus. Ainsi le mari bigame pourra, s'il intentait une action en adultère contre sa nouvelle épouse, se voir opposer la nullité de son second mariage (1) (147 C. civ., 340 C. pén.) et l'accusation d'adultère ne pourra suivre son cours que si, au préalable, la validité du mariage a été prononcée par les tribunaux. Nous donnerions la même solution si le mariage avait été contracté au mépris d'autres formes prescrites par la loi, s'il avait été légalement dissous par le divorce, etc.

2° Consommation de rapports illicites.

« Les privautés obscènes, dit Fournel, ne constituent même pas l'adultère, qui exige essentiellement la consommation de l'œuvre « *ita ut demum unum sit et sese commisceant* », pour nous servir des paroles de Papinien. » En effet, tant que la pensée seule est adultère, elle ne relève que de la loi morale, mais la loi humaine n'a pas à en demander compte. Lorsque cette pensée, disent MM. Chauveau et Hélie, n'a

(1) Fournel, *Traité de l'adultère*, chap. I^{er}.

fait que se manifester par des familiarités, des actes obscènes autres que l'acte de génération, il ne peut y avoir adultère; la difficulté d'en obtenir la preuve, de constater l'intention plus ou moins coupable des auteurs les ont fait écarter comme base d'une accusation. Il pourra y avoir, selon les cas, attentat aux mœurs, mais jamais adultère, car on ne peut affirmer que la femme aurait réellement succombé. Aussi la loi a-t-elle sagement pensé que la simple tentative de ce délit ne serait point assimilée au délit lui-même. Toutefois, comme cette preuve de l'intime union, dont parle Papinien, serait très souvent impossible, en fait, à obtenir, de nombreuses décisions judiciaires admettent le délit d'adultère en se fondant sur certaines familiarités qui laissent supposer la consommation de l'acte. Mais ces actes licencieux ne sont pas à proprement parler des preuves directes de l'adultère, ils ne forment que de simples présomptions. MM. Chauveau et Hélie (1) admettent cependant « que l'adultère est consommé lorsque *«reperiuntur solus et sola, nudus et nuda in eodem lecto»* ; autrement, disent-ils, toute preuve de ce fait deviendrait impossible ». Nous pensons, avec les savants criminalistes, que, dans l'hypothèse, la preuve du délit est très difficile ; mais nous ne croyons pas qu'en principe cette difficulté de preuve doivent faire conclure à la consommation

(1) Chauveau et Hélie, *Code pénal*, IV, chap. I, § 1.

du délit. Ne peut-il pas arriver que l'acte générateur n'ait pas été commis ? N'y a-t-il pas eu simple tentative et dès lors application de l'art. 3 C. pén. ? Aussi, dans le doute, nous semble-t-il préférable de décider que, comme il s'agit surtout d'une question de fait, il faut laisser aux tribunaux le soin d'apprécier si, d'après les circonstances de la cause, les présomptions sont suffisamment graves pour être la base d'une condamnation.

3° Intention coupable.

« *Sine dolo adulterium non committitur* », disait Farinacius(1). Les délits du reste exigent ordinairement cette condition et l'adultère ne fait que rentrer dans la règle générale. Il est donc nécessaire qu'il y ait chez l'auteur de l'acte délictueux connaissance du mal qu'il produit et volonté de le produire. Conséquence : la femme, victime d'une violence ou d'une erreur, ne commet pas un adultère. Ainsi elle a consommé par méprise l'acte du mariage avec un étranger qu'elle croyait être son mari; elle ne pourra être adultère dans cette hypothèse, car elle le serait malgré elle (2).

4° Différence de sexe.

Cette condition semble si naturelle et si essentielle

(1) Farinacius, *Quæst.*, 441, n° 100.

(2) Cass., 13 oct. 1828, *Journal de Droit crim.*, année 1829, p. 45.

que nous ne l'aurions pas mentionnée, si certaines législations étrangères, notamment le Code prussien (2^e p., tit. 1^{er}; art. 672 et tit. 20), n'avaient pas admis l'adultère dans le cas où elle n'existe pas.

Tels sont les éléments constitutifs de l'adultère : passons maintenant à l'étude des règles relatives à la poursuite de ce délit.

II. — *L'exercice de l'action publique est subordonné à la plainte de la partie lésée.*

Les art. 336, 339 C. pén. exigent formellement la plainte de l'époux victime du délit pour que le Ministère public puisse mettre l'action publique en mouvement. Nous diviserons nos explications sur ce point en deux parties : *a.* l'historique; *b.* le fondement rationnel de cette restriction à l'indépendance du Ministère public.

A. — Historique.

Dans le très ancien Droit romain, le mari seul avait le droit de se plaindre et de réclamer une punition contre sa femme adultère. A l'époque de la loi Julia, qui voulut mettre un frein à la licence des mœurs et rendre au mariage sa dignité, des peines sévères furent édictées contre l'adultère. Ce délit était devenu un délit public et le droit d'accusation appartenait à tous les citoyens; il n'y avait

que certaines personnes limitativement désignées qui ne rentraient pas dans cette règle générale. Ajoutons toutefois qu'une préférence était accordée au mari et au père pendant soixante jours à dater du divorce. Constantin rendit plus étroit le cercle des personnes pouvant accuser et n'accorda ce droit qu'aux plus proches parents tels que le mari, le père, l'oncle paternel ou maternel, etc. Enfin Justinien refusa ce droit à toute personne, excepté le mari, le père et l'oncle.

Dans notre ancien Droit, à la différence du Droit romain, l'adultère était regardé comme un délit privé, le mari seul avait le droit d'accuser sa femme. Domat (1) en donne cette raison « qu'il ne convient pas de mettre le trouble et la division entre un mari et une femme qui paraissent contents l'un de l'autre ». On admettait même que la femme pouvait également se plaindre des infidélités de son mari mais la jurisprudence a refusé de consacrer cette théorie (2) excepté dans le cas où l'adultère du mari aurait été commis avec la fille de sa femme. Puis à partir du jour où le Ministère public fut créé (xiv^e siècle), l'adultère devint un délit public, mais il fut admis par la pratique, les ordonnances étant muettes sur ce point, que le mari seul aurait le droit d'accuser sa femme d'adultère. « *Maritus est solus tori genitalis vin-*

(1) Domat, *Lois civiles*, t. II, p. 309.

(2) Serpillon, *Comm. ordon.* 1670.

dex. » Tel est le principe consacré par les arrêts. Deux exceptions seulement y avaient été apportées : 1° si l'adultère avait été commis avec scandale ; 2° si le mari favorisait la débauche de sa femme ; dans ces deux cas, le Ministère public reprenait la liberté d'agir *proprio motu*. On avait discuté aussi la question de savoir si, le mari étant absent, le Ministère public pouvait poursuivre d'office ; mais après différents arrêts contradictoires, la jurisprudence a fini par admettre la négative.

Le Code pénal de 1810, à la différence du Droit romain, n'a pas rangé l'adultère parmi les crimes mais parmi les délits (337. 339 C. pén.) ni adopté la division des délits en délits publics et privés. Il a édicté des peines dans un intérêt général, investi des fonctionnaires spéciaux de veiller au maintien du bon ordre et déclaré que toute infraction à la loi pénale donnerait lieu à l'action publique. Or l'adultère, étant qualifié délit par la loi, ne peut être en vertu de cette règle générale qu'un délit public. Des motifs sérieux ont fait subordonner l'exercice de l'action à la plainte de la partie lésée ; mais cette condition n'a pas pour effet de changer la nature du délit. Il vrai que dans l'Exposé des motifs M. Montseignat (1) a dit « que l'adultère était moins un délit contre la Société que contre l'époux qu'il blesse dans son amour-propre, sa propriété et son amour ». Mais il serait faux de conclure

(1) *Exposé des motifs*, Locré, 231, Comm. XIII, n° 17

de ces paroles que l'adultère est un délit entre époux, puisque tout autre que l'époux est sans intérêt et sans qualité pour intenter l'action. Toute différente a été la pensée de l'orateur du Gouvernement. Si on veut se donner la peine de lire son discours, on découvrira sans peine que le seul point qu'il a voulu mettre en lumière est celui-ci : l'adultère n'est plus un crime, c'est un délit. Or si l'adultère est un délit, ce n'est pas, dit F. Hélie (1) « parce qu'il blesse les droits du mari, c'est parce qu'il contient la violation d'un devoir et que cette infraction jette le trouble dans les rapports qui constituent l'ordre social ». Nous verrons plus tard quelles conséquences il faut tirer de ce principe.

Ce rapide exposé historique nous montre que les législations anciennes ont toutes admis des règles particulières relativement à la poursuite du délit d'adultère, que toutes ont exigé la plainte de la partie lésée pour mettre en mouvement l'action publique et que le Code de 1810 n'a fait, sur ce point, que consacrer la tradition. Voyons maintenant quel est le fondement rationnel de cette restriction à l'indépendance du Ministère public.

B. — *Fondement rationnel.*

La loi a puni l'adultère pour réprimer la violation de la foi promise. Protéger les époux dans leur affec-

(1) F. Hélie, *Instr. crim.*, n° 762.

tion et leur honneur, exiger une répression dans l'intérêt public : tel est le but que s'est proposé le législateur. Or, ce but serait-il atteint si la poursuite d'office était permise ? « Admettre une pareille accusation indépendamment du mari, disait M. l'avocat général Gilbert, mais ce serait exposer la tranquillité d'un mariage bien uni à des troubles et à des orages d'une conséquence funeste, ouvrir à la malignité une voie trop facile d'y semer la discussion et de porter dans l'âme du mari des ombrages que l'absolution même de sa femme ne dissiperait pas entièrement(1). » Une poursuite intempestive va en effet créer la désunion dans le ménage ou l'accentuer, développer toutes les haines et susciter toutes les rancunes malsaines entre les deux familles. Or, l'intérêt supérieur de la répression des infractions ne doit-il pas tenir compte de ces considérations si graves ? Le législateur l'a pensé et à juste titre. Aussi, prenant en considération la situation intime des époux, l'intérêt de la vie conjugale et les relations sociales, a-t-il décidé que la personne lésée qui, seule, peut apprécier le caractère et l'utilité de la poursuite déposât une plainte entre les mains du Ministère public. Dans le cas où la victime du délit garderait le silence et consentirait à supporter son malheur sans se plaindre, la loi déclare qu'il n'y a pas lieu de contrarier ses sentiments. Il ne faudrait même pas s'alarmer

(1) Denisart, v^o *Adultère*, n^o 3.

de voir la justice inactive, car dans ce cas l'intérêt de la Société elle-même lui commande de ne pas dévoiler le déshonneur des familles. Les révélations de la faute commise et la publicité donnée au procès seraient plus scandaleuses peut-être que le délit lui-même.

C. — *Différences entre l'adultère de la femme et celui du mari.*

Le législateur de 1810 a établi une séparation profonde entre l'adultère de la femme et celui du mari. Les art. 337, 339 C. pén. indiquent en effet : 1° que l'adultère de la femme est toujours un délit punissable, tandis que celui du mari ne l'est que s'il a tenu ou entretenu sa concubine au domicile conjugal ; 2° que l'adultère de la femme est puni de l'emprisonnement, celui du mari d'une simple amende.

Voici les raisons qui ont déterminé le législateur à consacrer ces différences. Si les devoirs et les obligations des deux époux sont les mêmes (212 C. civ.), il est cependant vrai de dire que l'adultère de la femme dissout la famille (1), tandis que celui du mari n'a pas les mêmes conséquences. Serpillon (2) disait déjà : « l'infidélité de la femme a de plus graves suites, elle donne au mari des héritiers nécessaires qui ne sont pas ses enfants. C'est un vol, ajoute-t-il, de donner à toute une famille des parents

(1) Fenet, IX, p. 502.

(2) Serpillon, *C. criminel*, I, p. 443.

et héritiers que la débauche a fait naître ; c'est usurper les biens, la noblesse et le nom des familles. C'est un crime de lèse-société qui pousse au communisme le plus démoralisant et le plus antisocial : celui de la femme. » Si reprehensible que soit l'adultère du mari, ajoute M. Demolombe (1), au point de vue du manquement à la morale et aux devoirs du mariage, on ne peut nier que celui de la femme soit plus coupable encore, soit parce que, la femme devant être plus retenue par la pudeur même de son sexe, l'adultère suppose en elle plus de dépravation, soit parce que, dans l'état de nos mœurs ou, si vous voulez, de nos préjugés, l'adultère de la femme porte à l'honneur du mari la plus grave atteinte, soit enfin parce qu'il peut avoir les plus funestes conséquences et introduire dans la famille des étrangers.

Si nous ajoutons que, dans le Droit romain et dans notre ancien Droit, l'adultère seul de la femme était sévèrement puni, il semble que cette conclusion s'impose : le Code pénal a établi un principe conforme à la nature même des choses ; la même peine ne doit pas être infligée à l'adultère du mari et à celui de la femme.

Tel n'est pas cependant l'avis d'un certain nombre de jurisconsultes qui, non seulement se sont élevés avec force contre ce système, mais encore l'ont ac-

(1) Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 367.

cusé d'avoir consacré une iniquité(1)! Ils se fondent principalement sur cette idée que le mari aussi bien que la femme ont violé tous deux la foi conjugale en commettant l'adultère et qu'il serait injuste d'infliger pour le même délit à l'un une peine d'emprisonnement, à l'autre une simple amende. Si on réplique que l'inconduite des deux époux n'entraîne pas les mêmes conséquences et que d'après l'état de nos mœurs, dont il faut nécessairement tenir compte, les deux délits ne revêtent pas le même degré de gravité, on répond que tous les arguments s'évanouissent devant cette considération que les époux s'étant réciproquement juré fidélité, la morale et l'intérêt social exigent que si l'un des deux trahit l'autre, il soit puni. Du reste, ajoute-t-on, les conséquences sont aussi fâcheuses pour le mari que pour la femme, car si la femme peut introduire des enfants adultérins dans son ménage, il est possible que le mari en introduise également hors de son ménage ou dans le ménage des autres (2).

Quant à nous, nos préférences restent acquises à la législation de 1810. Nous croyons que l'art. 339 C. pén., toujours en vigueur, assure la paix des ménages d'une façon plus efficace que s'il était modifié dans le sens de l'égalité des deux époux au point de vue de l'adultère. Ne voit-on pas que si la femme

(1) Garraud, *Droit crim.*, p. 490.

(2) *Journal officiel*, 16 mai 1882, p. 917. Discours de M. Naquet.

peut attaquer son mari, il va falloir se livrer à une série d'inquisitions et de recherches scandaleuses pour avoir la preuve du fait allégué ? Ne voit-on pas que l'esprit de vexation, de défiance et de jalousie va s'introduire dans les familles, que les agences d'espionnage privé, qui causent tant de malheurs, vont s'y développer ? Pourquoi vouloir augmenter le nombre de ces procès toujours scandaleux et dangereux pour la moralité publique ? Il faut au contraire, à notre avis, les restreindre dans la mesure du possible, et cela d'autant plus, que malheureusement les mœurs semblent ne relever que d'elles-mêmes et échapper à l'action des lois (1). Or, l'art. 339 satisfait à toutes ces conditions. Enfin, nous nous demandons comment, alors que la nature a établi une inégalité frappante de droits et de devoirs entre l'homme et la femme, le législateur pourrait proclamer leur égalité !

Notre étude sur l'adultère se divise en deux sections : A. Adultère de la femme ; B. Adultère du mari.

A. — *Adultère de la femme.*

1^o Nécessité d'une plainte.

« L'adultère de la femme, dit l'art. 336 C. pén., ne pourra être dénoncé que par le mari. » La loi est impérative et formelle, elle veut que le Ministère pu-

(1) Em. Augier, Préface des *Lionnes pauvres*, t. IV. Œuvres.

blic ne puisse poursuivre l'adultère que sur la plainte du mari. Tant que le mari gardera le silence, il y aura présomption d'innocence de la femme. Le législateur s'est servi, dans l'art. 336 C. pén., du mot *dénoncé*, dans l'art. 339 C. pén., du mot *plainte* ; mais il n'a pas attaché ici un sens différent à ces deux expressions, comme le remarque M. F. Hélie (1). Car si, en principe, on entend par plainte l'avis émanant d'une personne intéressée et par dénonciation celui qui émane de tout autre personne, il faut observer avec M. Bedel (2) que la dénonciation de l'art. 336 est faite par un intéressé et que, dès lors, c'est une plainte. M. Carnot (3) cependant ne partage pas cette opinion et fait une distinction fondée sur les termes mêmes de cet article. « Il suffit d'une simple dénonciation, dit-il, de la part du mari pour autoriser les poursuites : le Code n'exige pas qu'il ait porté plainte. Ce n'est que sur la plainte de la femme, et non sur sa simple dénonciation, que le mari peut être poursuivi. » Mais cet auteur est resté seul de son avis. Aucun passage des travaux préparatoires ne corrobore cette opinion et si le texte paraît lui donner raison, il est bien certain que l'esprit de la loi s'y refuse ; car on ne peut admettre que la loi montre plus de réserve et de scrupule lorsqu'il s'agit de faire

(1) F. Hélie, *Instr. crim.*, 3, § 144.

(2) Bedel, *Traité de l'adultère*, p. 16.

(3) Carnot, *Comm. Code pénal*, art. 336.

connaître l'affront de la femme que lorsqu'il s'agit de publier le déshonneur du mari.

2° Qui peut porter plainte.

Aux termes de l'art. 336 C. pén., le mari *seul* peut porter plainte. Si donc il ne se résigne pas à garder le silence et à suivre le conseil de Montaigne (1) : « Les aigreurs comme les douceurs du mariage se tiennent secrètes par les sages », il devra provoquer la mise en mouvement de l'action répressive et déposer une plainte entre les mains du procureur. Conséquences à tirer de ce principe : les héritiers du mari ou ses parents les plus proches ne pourront pas intenter l'action à son défaut ; le tuteur du mari interdit n'aura pas non plus ce droit, puisque le mari seul peut détruire la présomption d'innocence qui existe en faveur de sa femme. (*Maritus tori genitalis solus vindex.*) On peut se demander si le mari chargera valablement un tiers par pouvoir spécial de dénoncer l'adultère en son nom et de suivre l'action ? Remarquons qu'il ne s'agit pas de la question de savoir si, avant d'entreprendre un voyage, par exemple, le mari pourra donner mandat à un tiers de surveiller sa femme et de dénoncer l'adultère. Un tel pouvoir serait évidemment contraire à l'art. 1984 Code civ., la faculté d'apprécier l'adultère non en-

(1) Montaigne, *Essais*, liv. III, chap. iv, t. 3.

core constaté dépendant de l'exercice de la puissance maritale qui ne peut pas être déléguée. Nous supposons, au contraire, le cas où le mari s'est rendu un compte suffisant de l'inconduite de sa femme et veut se plaindre. Mais survient un obstacle qui lui empêche de suivre l'affaire : pourra-t-il déléguer à un tiers le pouvoir de dénoncer en son nom des faits spécialement déterminés? De droit commun, toute personne lésée par un délit peut en poursuivre la répression par elle-même ou par un fondé de pouvoirs. Or, comme aucun texte formel n'est venu restreindre ce principe général, nous déciderons par voie de conséquence que le mari donnera valablement mandat à un tiers de dénoncer en son nom et de suivre les effets de la plainte. On objectera peut-être que la plainte doit émaner de l'intéressé lui-même et que le mari ne l'a pas faite directement? Cette objection serait sans fondement, car le mari a eu connaissance des faits reprochés à sa femme et le mandataire n'a agi que sur des ordres précis. L'intention du mari est donc nettement marquée, c'est bien lui qui, en réalité, a voulu se plaindre, sauf à laisser l'exercice de l'affaire à un tiers.

Une demande en séparation de corps ou en divorce, formée par l'un des époux pour cause d'adultère, est-elle assimilable à une plainte? Pour examiner cette question très controversée, distinguons deux périodes; 1° l'application de l'art. 308 C. civ.; 2° l'ap-

plication de la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce.

1° Application de l'art. 308 C. civ. — Cet article avait été inséré dans le Code civil provisoirement dans l'intérêt de la morale publique et de la sainteté du mariage, en attendant la confection du Code pénal. Il a probablement été oublié lors de la promulgation de ce Code, en 1810, puisqu'il n'a pas été abrogé et a continué de rester en vigueur jusqu'en 1884. Quoi qu'il en soit, sous l'empire de cette législation, le tribunal civil pouvait, sur la réquisition du Ministère public, en prononçant la séparation de corps contre la femme, pour cause d'adultère, la condamner par le même jugement à la réclusion. Or, certains auteurs (1) soutenaient que, dans cette hypothèse, le Ministère public pouvait mettre en mouvement l'action publique. L'art. 308 C. civ., disaient-ils, semble accorder formellement au Parquet le droit de poursuivre d'office. Le législateur, du reste, n'exige pas ici une plainte ordinaire ; l'emploi du mot plainte et du mot dénonciation prouve qu'il n'a pas attaché une grande importance à ces expressions : il a simplement voulu que le mari fit connaître au Ministère public sa volonté bien arrêtée de poursuivre. Or, dans l'espèce, le mari se fonde précisément sur l'adultère de la femme, il n'indique donc pas implicitement mais formellement qu'il

(1) Bedel, *Traité de l'adultère*, p. 91 ; — Carnot, *Comm. C. pén.*, II, p. 109 ; — Chauveau et Hélie, *C. pén.*, t. VI, p. 225.

entend dénoncer le fait à la vindicte publique. Cette volonté ne peut être douteuse, puisqu'il a lui-même intenté l'action et fait procéder aux débats où le Ministère public doit intervenir. Le choix de l'action civile par le mari n'exclut pas son intention de faire condamner sa femme et quant à l'intérêt de la paix et de l'honneur du ménage, il ne peut plus en être question, puisque c'est le mari lui-même qui a dénoncé aux tribunaux les faits dont il avait à se plaindre (1).

Mais la Cour d'Orléans (2) et ensuite la Cour de cassation (3) ont repoussé cette théorie et déclaré que l'introduction par le mari d'une demande en séparation de corps n'était pas équivalente à une plainte. Si on interprétait ainsi l'art. 308, réplique-t-on, on ne tiendrait aucun compte de l'intention du mari qui a négligé la voie correctionnelle pour prendre la voie civile, puisqu'en définitive il aboutirait à une condamnation qu'il a voulu éviter. Le mari a demandé seulement la séparation ou le divorce : il n'a jamais réclamé une punition pour sa femme. Mais, dit-on, l'art. 308 C. civ. est formel? Les termes de cet article ne doivent pas être compris en ce sens que le Ministère public agit en vertu d'une plainte expresse du mari, car il y aurait alors défaut

(1) En ce sens, Poitiers, 24 mars 1842, S., 42, 2, 341.

(2) Orléans, 12 avril 1842, S., 42, 1, 618.

(3) Cass., 16 juin 1842, S., 42, 1, 749.

d'harmonie entre cet article et le Code pénal. Ils s'expliquent par cette idée que le législateur de 1803 a fait ici une application du principe que l'adultère est un délit public et a autorisé le Ministère public à agir d'office en vertu d'une disposition de la loi. Si donc le mari a demandé la séparation de corps, le procureur peut prendre telle réquisition qui lui plaira, sans avoir à se préoccuper de l'intention du mari. — La paix du ménage n'exige plus, ajoute le premier système, que le Ministère public ne poursuive pas, puisque l'époux lui-même a dévoilé tous les griefs qu'il avait contre sa femme. Ce n'est là qu'une présomption, répondrons-nous, car le civil étant complètement distinct du correctionnel, il est permis de croire que le mari aura voulu, la séparation de corps entraînant la séparation de biens, rompre la vie commune pour arriver à la restitution de sa dot. Mais cette demande ne révèle pas chez lui restitution d'obtenir la condamnation pénale de sa femme (1); l'intérêt et l'honneur de la famille exigent même que cette condamnation ne soit pas prononcée.

2° Application de la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce. — Sous l'empire de cette loi, qui a abrogé l'art. 308 C. civ., la question reste toujours controversée; comme nous avons déjà résumé les deux opinions opposées, nous nous bornerons à indiquer

(1) Paris, 7 mai, 1870, D., 70, 2, 144.

ici quel est notre sentiment. L'art. 336 C. pén. exige une plainte, c'est-à-dire une déclaration formelle par laquelle le mari révèle les faits d'adultère et manifeste son intention de faire punir sa femme infidèle. Or, dans notre hypothèse, rien de tel ne se présente, le mari demande la séparation ou le divorce : il ne se prononce pas sur l'action correctionnelle. Il témoigne au contraire clairement, en s'adressant à une juridiction civile, qu'il entend ne pas suivre sur l'action publique. Mais, peut-on répliquer, la demande du mari a rendu l'adultère public et les raisons qui dispensaient le Ministère public d'agir ont dès lors disparu. Il est vrai que l'époux a révélé les causes de la séparation ou du divorce, mais ce motif ne nous paraît pas suffisant pour permettre au procureur de mettre en mouvement l'action publique. Il est possible que le mari ait un intérêt supérieur à ne pas se plaindre pour éviter la flétrissure qu'une condamnation ferait rejaillir sur ses enfants et sur sa famille. Et, comme nous sommes en matière pénale, où le sens des expressions doit être interprété restrictivement, nous déciderons que la demande en séparation ou en divorce ne constitue pas la plainte au sens exact et rigoureux du mot.

Le droit pour le mari de porter plainte contre sa femme subsiste tant que dure le mariage, même après la séparation de corps prononcée (1).

(1) Cass., 27 avril 1838 (Marmin).

3° Le mari n'est pas tenu de se porter partie civile.

L'art. 336 C. pén. ne dit pas, comme le fait remarquer Merlin (1), que le mari sera seul recevable à poursuivre comme partie l'adultère de sa femme, il veut qu'il soit le seul à le dénoncer. Le principe de l'action à laquelle donne lieu l'adultère de la femme réside donc exclusivement dans la personne du mari ; c'est lui seul qui a qualité pour provoquer l'exercice de l'action publique. Or, il résulte de ce texte même qu'une dénonciation (ou une plainte) est nécessaire et suffisante pour que l'épouse adultère puisse être punie et que le mari n'est pas tenu de se porter partie civile (2). Nous n'avons pas à rechercher ici quels seraient les effets de la constitution de partie civile. Nous dirons seulement qu'au point de vue de l'exercice de l'action publique elle a en pratique le même effet que la plainte, attendu que la simple plainte ou la plainte contenant constitution de partie civile peut être classée sans suite par le procureur et le juge d'instruction.

4° Le complice de la femme peut-il être poursuivi d'office ?

Le mot complice comprend ici, non seulement

(1) Merlin, *Questions de Droit*, v° *Adultère*, § 3.

(2) Mangin, *Act. public.*, n° 140 ; — Chauv.-Hélic, *C. pén.*, 6., p. 220 ; — Cass., 31 août 1855, D., 55, 1, 377.

celui qui, aux termes de l'art. 60 C. pén., a provoqué ou sciemment favorisé le délit, mais encore l'amant ou la concubine qui a perpétré l'adultère. Car, à proprement parler, il n'y aura ni auteur principal ni complice : il y aura deux coauteurs, *est enim crimen duorum*, qui tous deux seront liés dans la même poursuite.

Quoi qu'il en soit du sens exact de cette expression, nous devons, pour résoudre la question de savoir si le complice peut être poursuivi d'office, distinguer deux cas : 1° le mari n'a pas déposé de plainte contre sa femme ; 2° le mari a déposé une plainte, mais sans comprendre le complice.

1° Le mari n'a pas déposé de plainte contre sa femme. — Aucun texte ne nous indique si, dans ce cas, le Ministère public peut poursuivre d'office ; mais l'esprit de la loi et les principes généraux suffisent pour établir qu'il n'a pas ce droit. On ne comprendrait pas en effet que le législateur, dans l'intérêt de la paix, pour l'honneur des familles, ait exigé la plainte préalable du mari pour que l'action publique fût dirigée contre la femme et ait autorisé, au contraire, le Parquet à agir d'office contre le complice ! Ce serait retourner contre la famille la protection qui lui a été accordée, car les mêmes motifs qui ont fait subordonner l'exercice de l'action publique à la plainte du mari se retrouvent dans notre hypothèse. La cause de la femme et celle de son complice sont in-

divisibles, et la présomption légale d'innocence de la femme doit nécessairement s'appliquer au complice. Du reste, le complice ne peut être puni que si le délit d'adultère est établi ; or, pour l'établir, la plainte du mari est nécessaire, donc le complice ne peut être poursuivi en l'absence d'une plainte. Il a même été jugé que la plainte portée séparément contre le complice serait non recevable (Cass., 24 mai 1851 ; — 28 juin 1839, S., 39, 1, 701).

M. Bedel⁽¹⁾ soutient que le mari peut dénoncer sa femme, parce que, dit-il, de justes motifs peuvent déterminer le mari à pardonner à la mère de ses enfants et à vouloir la ramener à ses devoirs par la reconnaissance, tandis qu'il ne doit point au complice le sacrifice de son ressentiment. Mais cette opinion est restée isolée car, il serait étrange qu'un mari, qui a pardonné à sa femme son infidélité, produisît en public les griefs qu'il a eus contre elle pour faire condamner le complice !

2° Le mari a déposé une plainte contre sa femme, mais sans comprendre le complice. — Quel est le droit du Ministère public ? Peut-il poursuivre d'office ? M. Bedel enseignait que le mari n'était pas tenu de dénoncer les deux coupables, parce qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient tous deux inquiétés. Le mari, dit-il, peut avoir de graves motifs de ne provoquer

(1) Bedel, *Traité de l'Adultère*, p. 92.

le jugement que contre la femme et non contre le complice. Cette opinion doit être écartée par suite de l'indivisibilité qui existe entre la cause de la femme et celle du complice. Il peut arriver cependant que le mari, en dénonçant l'adultère de sa femme, n'indique pas le complice. Quels seront, dans ce cas, les pouvoirs du Parquet ? La poursuite d'office lui est-elle permise ?

M. Carnot (1) se range du côté de la négative « parce que l'adultère est un délit relatif et que, comme il serait loisible au mari de ne pas même rendre plainte contre sa femme, il peut à plus forte raison ne la faire porter que contre elle ; que par suite, dès que la partie publique ne serait pas recevable dans sa plainte contre la femme adultère, dans le cas du silence du mari, elle ne peut avoir plus de droit contre son prétendu complice ». Quant à nous, nous préférons l'affirmative. La loi ne distingue pas, en effet, si la plainte a été formée contre la femme ou contre le complice, elle exige seulement une plainte de la partie lésée. Mais cette plainte une fois portée, l'action publique, qui jusqu'alors sommeillait, reprend son libre cours. Il n'y a plus de motif pour tenir le Ministère public enchaîné, la justice réclame au contraire la poursuite des deux auteurs du délit. « Les entraves apportées par la loi, dit M. Mangin (2),

(1) Carnot, *Comm. C. pén.*, art. 338.

(2) Mangin, *Act. publiq.*, n° 139.

au libre exercice de l'action publique en cette matière n'ont pour motifs que l'intérêt de la paix et l'honneur des ménages ; dès que le mari a dénoncé l'outrage dont il croit avoir à se plaindre, ces considérations n'existent plus, il n'y a plus à craindre qu'une poursuite indiscrete vienne troubler son union, le Ministère public peut donc agir contre le complice. » Et la Cour de cassation (1) a confirmé cette opinion, en déclarant qu'il suffit que le mari ait dénoncé l'adultère de sa femme pour que le Ministère public ait le droit de rechercher et de poursuivre son complice, quand même il ne lui aurait pas été désigné par la plainte.

Ajoutons que comme, à notre avis, le Ministère public ne reprend pas sa liberté d'action sur une simple demande en séparation de corps ou en divorce formulée par le mari pour cause d'adultère de sa femme, il ne pourra dans ce cas, et par voie de conséquence, requérir d'office contre le complice.

5 Fins de non-recevoir opposables à la plainte du mari.

Le mari peut être privé de son droit de plainte dans certains cas qu'il nous reste à examiner.

1° La nullité du mariage. — La femme, en excipant de cette nullité, va en effet faire surgir une question préjudicielle (189 C. civ.) qui, devant être jugée par les tribunaux civils, parce qu'elle intéresse

(1) Cass., 17 janv. 1829, S., 29, 1, 205.

la constitution de la famille, obligera le juge correctionnel à surseoir jusqu'à ce qu'elle soit résolue (326 C. civ.); et s'il est jugé que le mariage n'était pas valable, la plainte du mari sera non recevable par le tribunal répressif, puisque l'un des éléments constitutifs de l'adultère vient à manquer. On s'est demandé si le tribunal correctionnel devait surseoir quelle que soit la nullité invoquée; nullité absolue ou nullité relative. Dans un premier système, on raisonne ainsi: la nullité absolue n'opère pas une simple résolution ou dissolution du mariage, mais fait que ce lien n'a jamais existé, et dès lors il n'y a pas d'adultère. Tandis que l'exception tirée de la nullité relative, fût-elle prouvée, l'accusation ne serait pas détruite, parce que si le mariage était dissous par un jugement, il n'en aurait pas moins été valable jusqu'à ce que cette dissolution fût prononcée (1). Cette opinion est-elle fondée? Nous ne le croyons pas. Tout mariage, jusqu'à ce qu'il ait été annulé, est présumé former un lien légal, et le jugement qui en prononce la nullité ne fait que déclarer que cette présomption légale a cessé d'exister. Aucun texte n'autorise, au point de vue de la poursuite, à distinguer, pour la rendre efficace ou non efficace, entre les nullités absolues et les nullités relatives. Le premier système aurait pour conséquence d'en-

(1) Carnot, *Instr. crim.*, art. 3, n° 57; — Marin, *Rép.*, v° *Quest. préjud.*, n° 17.

lever au plaignant la qualité qui, seule, aurait pu légitimer la poursuite et à la demanderesse la qualité qui, seule, aurait pu imprimer le caractère de délit à des actes accomplis durant la vie commune. Il arriverait en outre que la femme serait plus durement traitée quand son mariage est nul que quand il est valable, puisque le mari n'aurait plus la faculté d'arrêter l'effet de la condamnation (337 C. pén.) qu'il a incontestablement, si le mariage est valable. Aussi la Cour de cassation (1) a-t-elle décidé que la nullité du mariage, quelle qu'elle soit, invoquée au cours d'une poursuite en adultère, constituait pour le tribunal une fin de non-recevoir à la plainte du mari.

2° La réconciliation. — Cette fin de non-recevoir n'est formulée par aucun texte, mais elle est fondée, disent MM. Chauveau-Hélie (2), « sur une saine entente de la loi, car il serait étrange de chercher encore à prouver l'adultère, quand le mari a voulu en détruire les preuves. » Pourquoi, en effet, la Société, qui n'est pas directement atteinte par le délit, entamerait-elle ou continuerait-elle des poursuites, alors que le principal intéressé à la répression jette un voile sur tous les faits qu'il a dénoncés et veut les couvrir d'oubli? Ne serait-ce pas aller contre le but que s'est proposé le législateur? Le Droit romain (3)

(1) Cass., 18 avril. 1867, S., 67, 1, 341.

(2) MM. Chauveau-Hélie, *C. pén.* IV, n° 1646.

(3) Loi II, Code, *ad. Leg. Jul., de adult.*

et notre ancien Droit (1) admettaient déjà que la réconciliation des époux, avant ou après la plainte déposée, constituait une fin de non-recevoir, et rien ne prouve que le législateur moderne ait voulu abandonner la tradition. L'art. 337 C. pén. prouve au contraire qu'il l'a consacrée, car si le mari a le droit d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre sa femme et de laisser ainsi présumer la réconciliation, on ne voit pas pourquoi la vraie réconciliation intervenant avant tout jugement n'éteindrait pas l'action. Aussi la Cour de cassation (2) a-t-elle jugé que le pardon du mari ou sa réconciliation devaient toujours être accueillis comme une preuve légale que l'adultère n'avait pas été commis, parce qu'il importe à l'intérêt des bonnes mœurs qu'un fait qui blesse la sainteté du mariage ne devienne pas, par une instruction devant les tribunaux, un scandale public et n'acquiert pas, par des jugements, une certitude judiciaire.

La réconciliation peut être expresse ou tacite : expresse, lorsqu'elle résulte d'actes ou de lettres ; tacite, lorsqu'elle se déduit de certains faits qui montrent que la familiarité est revenue entre les époux. Il s'agit là d'une question de fait et les tribunaux auront à apprécier souverainement si, d'après les

(1) Jousse, *Justice criminelle*, t. III, p. 243.

(2) Cass., 7 août 1823, S., 23, 1, 382; — 1 décembre 1873, S., 74, 1, 61.

circonstances de la cause, la preuve de la réconciliation est établie.

3° Entretien d'une concubine au domicile conjugal. — Dans notre ancien Droit, Serpillon (1) déclare que s'il y avait preuve que le mari vécût lui-même dans un adultère public, il n'aurait point d'action contre sa femme : « *Qui peccat contra legem ei in ea lege subveniri non debet.* » Il méprise sa femme, il lui donne un mauvais exemple qui est peut-être la cause de la faute qu'il lui reproche. Jousse (2) et Muyart de Vouglans (3) partagent la même opinion. Le Code pénal a suivi la tradition et déclaré que le mari serait déchu du droit de se plaindre parce qu'il s'en était rendu indigne (339 C. pén.). Comment serait-il admis à se plaindre, dit F. Hélie (4), d'un délit dont il s'est lui-même souillé? Comment invoquerait-il la sainteté du mariage qu'il a violée, la foi conjugale qu'il a parjurée?

Pour pouvoir opposer cette fin de non-recevoir à la plainte de son mari, la femme devra réunir certaines conditions exigées par les art. 336-339 C. pén. Il lui faudra prouver non seulement l'inconduite de son mari, mais encore convaincre ce mari par un

(1) Serpillon, *Code criminel*, 1, p. 108.

(2) Jousse, *Just. crim.*, t. III, p. 226.

(3) Muyart de Vouglans, *Lois crim.*, p. 223.

(4) F. Hélie, *C. pén.*, IV, n. 1634.

jugement (1) qu'il a entretenu une concubine au domicile conjugal. Nous n'expliquerons pas ici, en détail, le sens exact de ces diverses expressions, ces explications seront mieux placées dans notre deuxième section relative à l'adultère du mari. Nous insisterons seulement sur ce point qu'un jugement est nécessaire pour établir les rapports illicites et réitérés du mari avec la concubine dans la maison commune. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à ce sujet, puisque l'orateur (2) du Conseil d'État au Corps législatif s'est exprimé ainsi : « Le mari serait privé de l'action s'il avait été *condamné* lui-même pour cause d'adultère. »

Est-ce à dire que la femme devra avoir obtenu cette condamnation avant que la plainte du mari ait été remise au Parquet? Non. La femme peut, par un sentiment de convenance, n'avoir pas voulu attaquer son mari. Or, si nous décidions qu'une fois la plainte du mari déposée, elle ne peut plus opposer de fin de non-recevoir, il s'ensuivrait que le sentiment si louable qui l'avait inspirée se retournerait contre elle. Cette décision s'explique d'autant mieux que la loi n'indique pas le moment à partir duquel la femme ne pourra plus exciper de l'adultère du mari, et qu'en fait la femme ne se sera décidée à parler que

(1) Lyon, 13 juin 1837, S., 38, 2, 164; — Mangin, *Act. publiq.*, I, n. 134.

(2) Loqué, t. XXX, *Comm.*, XII, n° 17.

quand elle aura été provoquée par la plainte de son mari. Nous concluons donc, avec Merlin (1), « que l'interdiction de toute action en adultère est pour le mari une suite non de l'adultère qu'il a commis lui-même dans l'intérieur de la maison conjugale, mais du jugement qui l'a déclaré coupable. »

Remarque. — La loi n'a pas entendu établir une sorte de compensation entre les délits, une balance entre les différents griefs des époux entre eux, elle a voulu seulement faire déchoir le mari du droit de se plaindre. Mais elle n'a pas eu l'intention de priver à jamais ce mari de la prérogative de l'art. 336 C. pén., et s'il avait mis fin aux scandales qui ont motivé la fin de non-recevoir, il pourrait formuler valablement une nouvelle plainte contre sa femme qui continuerait à mener une conduite irrégulière. Cette conséquence nous paraît résulter des principes que nous avons exposés, car le mari ne peut pas, sans injustice, se voir ainsi abreuvé d'outrages par sa femme, sans avoir le droit de lui faire infliger une juste punition !

Appendice. — La connivence du mari à la débauche de sa femme constitue-t-elle une fin de non-recevoir ?

Dans notre ancien Droit criminel, qui suivit sur ce point la tradition romaine, le mari qui avait con-

(1) Merlin, *Quest. de Droit*, v^o Adultère. § 8.

né à la débauche de sa femme était déchu du droit de se plaindre et, de plus, le Ministère public pouvait poursuivre d'office la femme et le mari. Le scandale et l'honnêteté publique, dit Jousse (1), exigent que le Ministère public interpose son autorité pour punir et la femme et le mari qui favorise ses désordres. Mais le Code pénal n'a pas persévéré dans cette voie. On trouve, en effet, dans les procès-verbaux (2) du Conseil d'État, que le projet disait : l'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par son mari *dans le cas où il n'y aurait pas connivé*. Or, il a été repoussé par ces motifs, qu'il serait dangereux de chercher à examiner les sentiments qui ont pu déterminer le mari à garder le silence sur les désordres de sa femme et de soulever des débats scandaleux, susceptibles de porter le trouble dans les familles. De ce rejet on conclut généralement que le mari qui a donné son consentement à l'adultère de sa femme ne peut pas être poursuivi de ce chef et que la femme n'a pas le droit de se prévaloir de cette connivence pour repousser l'accusation dirigée contre elle (3). Certains auteurs (4) cependant, tout en reconnaissant

(1) Jousse, *Just. crim.*, III, p. 236; — Denisart, I, p. 273; — Merlin, *Rép.*, v^o *Adultère*, n^o 9.

(2) Locré, XXV, p. 393, séances du 15 nov. 1808, 8 nov. 1809.

(3) F.-Hélie, *C. pén.*, IV, n^o 1667; — Blanche, *C. pén.*, V, n^o 91; — Le Sellyer, *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publiques et privées*, I, n^o 199.

(4) Mangin, *Act. publique et privée*, n^o 135; — Bedel, *Traité de l'Adultère*, n^o 20.

que, dans ce cas, le Ministère public ne peut pas poursuivre d'office, soutiennent que la connivence du mari le rendra non recevable dans sa plainte en adultère contre sa femme. Sa propre turpitude, disent-ils, empêcherait qu'on l'écoutât. Si de plus, comme on l'admet généralement, le pardon et la réconciliation élèvent une fin de non-recevoir contre la plainte, à plus forte raison le mari ne doit-il pas être écouté, quand il a autorisé les faits qu'il a dénoncés. Nous répondrons que, comme l'art. 336 C. pén. déclare le mari déchu du droit de se plaindre au cas d'adultère, il nous paraît divinatoire d'ajouter au texte : la connivence à la débauche de sa femme. Ajoutons qu'avec le premier système, le mari étant non recevable et le Ministère public ne pouvant pas poursuivre d'office, l'adultère de la femme serait assuré de l'impunité, contrairement au but du législateur qui a toujours considéré l'adultère de la femme comme constituant une grave atteinte aux bonnes mœurs.

4° Interdiction du mari. — Si la plainte du mari a été faite alors qu'il était déjà frappé par un jugement d'interdiction, elle sera non recevable, attendu que le mari, étant déclaré incapable, ne peut pas dresser une plainte valable et que son tuteur n'a pas le pouvoir d'engager une action qui lui est toute personnelle. Mais faut-il donner la même solution dans le cas où le mari a été interdit postérieure-

ment à sa plainte? Le Ministère public pourra-t-il continuer à suivre, ou, au contraire, l'interdiction prononcée constituera-t-elle une fin de non-recevoir à la continuation des poursuites? Dalloz, v° *Adultère*, n° 56, soutient qu'en vertu des art. 450 et 509 C. civ. le tuteur représente l'interdit dans les poursuites exercées par celui-ci et que, dès lors, il peut continuer à suivre sur l'action en adultère. Il est vrai de dire que le mari est le seul vengeur de l'honneur du lit conjugal quand il est libre d'agir; mais ici ce n'est pas le cas. Ne serait-il pas dérisoire de dire à un homme qui ne peut pas se présenter en justice: vous seul pouvez faire cesser la présomption d'innocence qui protège votre femme? La femme va-t-elle donc pouvoir consommer adultère sur adultère, donner le jour à des enfants adultérins, sans que la justice puisse la punir de ses dépravations?

Cette opinion ne nous paraît cependant pas conforme au texte et à l'esprit de la loi. Le tuteur, en effet, représente l'interdit dans tous les actes civils; mais il est admis que s'il s'agit d'actes personnels à cet incapable, la représentation n'est pas possible. Or, la dénonciation de l'adultère est un acte personnel au mari, « *maritus genitalis tori solus vindex* », un acte réservé à sa souveraine appréciation pour lequel les art. 450 et 509 C. civ. s'opposent à toute représentation. Du reste, s'il était permis au tuteur de continuer les poursuites, la femme se verrait privée du

droit d'obtenir le pardon, le désistement, l'arrêt des effets de la condamnation, et aucun texte n'autorise à traiter la femme plus durement ici que dans les autres cas. La loi, au contraire, comme le fait très justement remarquer F. Hélie, a établi une corrélation intime entre le droit de provoquer la poursuite et celui de la faire cesser ; or l'interdiction, mettant un obstacle à la poursuite, doit mettre un obstacle à l'action.

Nous ne méconnaissions pas qu'en adoptant cette solution la femme va, pendant la durée de l'interdiction, être mise à l'abri de toute action répressive et pouvoir se livrer à tous les scandales sans pouvoir être atteinte par la justice. Mais ce n'est pas l'interprète qui peut, c'est le législateur qui doit combler cette lacune dans la loi.

5° Prescription. — L'art. 638 Instr. crim. décide que s'il s'agit d'un délit de nature à être puni correctionnellement, l'action publique se prescrira après trois années révolues à partir du jour où le délit aura été commis, et s'il a été fait dans cet intervalle un acte d'instruction ou de poursuite, à compter du dernier acte. Or si, au moment où la plainte a été formée, la prescription était accomplie, le mari serait non recevable à se plaindre.

B. — *Adultère du mari.*1^o Nécessité d'une plainte de la femme.

Le Code pénal a maintenu le principe déjà consacré par le Droit romain (1) et notre ancien Droit (2) que la femme n'est pas reçue à accuser son mari d'adultère. Mais il a apporté une restriction à ce principe dans un cas spécial, celui prévu par l'art. 339 C. pén., ainsi conçu : « Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs. » Après avoir assuré, a dit le rapporteur (3) de la commission au Corps législatif, une garantie à l'époux, il était juste d'offrir à l'épouse délaissée sinon une réciprocité entière, désavouée par la nature des choses et la différence des résultats de l'adultère des deux sexes, du moins un moyen à la femme pour soustraire à ses regards la présence et le triomphe de sa rivale. »

En ce qui concerne la poursuite du délit, le législateur a admis la même règle qu'à propos de l'adultère de la femme. Il a décidé, art. 339 C. pén., que le Ministère public devait attendre la plainte de la

(1) Loi 1, Code, *ad leg. Jul., de adult.*(2) Denisart, v^o *Adultère*, p. 270, n^o 3.(3) Locré, t. XXX, *Comm.*, XIII, n^o 25.

victime du délit, pour exercer l'action publique, car les mêmes motifs se retrouvent dans les deux cas.

2° A quelles conditions peut-elle être formée.

La plainte n'est pas suffisante par elle-même pour mettre en mouvement l'action publique; l'art. 339 C. pén. exige encore d'autres conditions que nous devons maintenant examiner.

Aux termes de cet article, la femme devra établir :

1° Que son mari *entretenait* une concubine dans la maison conjugale, c'est-à-dire qu'il avait des rapports habituels et illicites avec une femme dans la maison commune. Un seul fait isolé, ne suffirait pas pour constituer l'entretien. Le texte veut que le mari ait *entretenu* la concubine ; l'ancien article 230 C. civ. disait également : « lorsque le mari aura *tenu* sa concubine » ; or, ces deux expressions, qui sont au fond synonymes, signifient, à proprement parler, comme le fait remarquer M. Ducauroy (1), que la concubine doit avoir séjourné dans la maison commune, soit en y demeurant, soit en y travaillant habituellement. « Des faits d'infidélité accidentels et fugitifs, dit M. Demolombe (2), ne suffiraient pas, qu'ils aient été commis avec plusieurs femmes ou avec la même : il faut qu'il y ait

(1) Ducauroy, Bonné, Roustain, *Code civ.*, 1^e, n° 405.

(2) Demolombe, *Mariage*, II, n° 370.

eu des relations plus ou moins continuées et entretenues. »

Mais devons-nous dire que c'est le mari lui-même qui doit amener la femme pour l'entretenir et que dès lors il n'y a pas adultère punissable si la concubine a été introduite dans la maison conjugale par toute autre personne? Ainsi le mari a des relations illicites avec la domestique que sa femme a choisie et amenée au domicile commun : y aura-t-il adultère? Marcadé (1), se tenant à la lettre de l'art. 339 C. pén., déclare que cette hypothèse ne rentre pas dans le cas prévu par la loi. La loi exige, dit-il, que ce soit le mari qui ait tenu, entretenu cette femme dans la maison, que ce soit par son autorité qu'elle y soit venue ou qu'elle y soit demeurée ; or, on ne peut pas dire dans l'épée que la concubine a été *tenue* dans la maison par le mari, puisque c'est par la femme seule qu'elle y a été mise et gardée. Nous répondrons que si ce système était appliqué, le mari aurait un moyen bien simple à employer pour éviter toute poursuite en adultère : ce serait de ne jamais donner de conseils à sa femme dans le choix de sa ou ses domestiques. Du reste, l'esprit de la loi, en admettant même que les termes de l'art. 339 soient douteux, se refuse à une semblable interprétation. L'art. 339 C. pén. ne se préoccupe, en effet, nullement du

(1) Marcadé. *Code civil*, art. 306, n° II-4°.

point de savoir si c'est le mari ou la femme qui a introduit la concubine dans la maison conjugale, il a voulu punir le mari d'avoir pris pour siège de ses désordres la maison conjugale. Quant au fait de l'entretien, la loi n'indique aucune distinction et l'interprète ne doit pas distinguer. Comment admettre du reste que la femme ait voulu retenir et garder la concubine de son mari?

Cette explication de l'art. 339 C. pén. nous conduit également à décider que si le mari avait un commerce criminel et incestueux avec une personne de sa famille, il y aurait adultère. L'inceste (1) ne peut en effet transformer l'adultère en un délit non punissable.

L'entretien de la concubine étant prouvé, la femme devra ensuite établir :

2° Que l'entretien de cette maîtresse a eu lieu dans *la maison conjugale* (art. 339 C. pén). Or qu'est-ce que la maison conjugale? C'est la maison *commune* des deux époux. Aux termes des art. 108 et 215 C. civ., la femme mariée n'a d'autre domicile que celui de son mari, elle est obligée d'habiter avec lui et de le suivre partout où il juge à propos de résider. C'est donc à l'endroit où le mari demeure, et là où il réside, que se trouve la maison commune. Il n'est même pas nécessaire que la femme elle-même

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Adultère*, n° VIII bis.

ait été rendue témoin des excès de son mari, comme le voulait la Novelle 117 de Justinien, car le mari n'aurait eu qu'à éloigner sa femme pour pouvoir commettre impunément l'adultère. Aussi est-il admis (1) que le fait d'entretenir une concubine au siège de la famille, dans la maison où l'épouse a le devoir et l'obligation d'habiter, est suffisamment grave pour motiver la répression. Toutefois, les résidences momentanées du mari dans les villes où il se rend pour ses affaires (2) et même les hôtels garnis où il ferait un séjour de passage pendant un voyage (3) ne seraient pas considérés comme revêtant le caractère de maison conjugale.

Si les époux avaient une maison à la ville et une autre à la campagne et que le mari, sa femme restant à la ville, entretienne une concubine dans sa maison de campagne, y aurait-il adultère commis dans la maison conjugale ? L'affirmative est enseignée avec raison par les auteurs et par la jurisprudence, car, l'épouse vivant habituellement dans les deux endroits, il est vrai de dire que le mari a tenu sa concubine là où sa femme devait habiter.

Que déciderons-nous dans l'hypothèse beaucoup plus délicate où, les deux époux habitant le premier

(1) Duranton, *C. civ.*, II, n. 544 ; — Demolombe, 4, n° 375 ; — Aubry et Rau, III, p. 350, note 3 ; — Cass., 17 août 1825.

(2) Cass., 11 nov. 1858.

(3) Paris, 29 juin 1839.

étage, par exemple, le mari entretient une concubine au second ? De prime abord, il semble que, les époux se trouvant sous le même toit que la concubine, il y ait entretien dans la maison conjugale. Le scandale, peut-on dire, est manifeste, l'outrage porté à la femme est éclatant. Est-ce que l'épouse ne va pas avoir chaque jour le supplice de rencontrer celle qui la nargue et la ruine ? Aussi M. Bedel (1) conclut-il que le logement occupé à part par la concubine et indépendant de celui de la famille, mais sous le même toit, doit être considéré comme une maison *commune*. Tel ne serait pas notre sentiment. Le scandale, l'outrage n'auraient pas, en effet, dans l'espèce, un degré de gravité plus fort que si la concubine habitait l'appartement situé en face de celui des époux. L'épouse ne serait-elle pas profondément blessée si, de l'autre côté de la rue, en face de ses fenêtres, sa rivale triomphante provoquait son mari ? Or, dans ce dernier cas, l'habitation de la concubine n'a pas le caractère de domicile commun ; pourquoi ne donnerait-on pas la même solution dans l'hypothèse que nous avons prévue ? Il est facile de concevoir du reste que l'appartement indépendant de la concubine constitue un domicile distinct et séparé du domicile conjugal. Dans les grandes villes, où les maisons contiennent de nombreux appar-

(1) Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 13.

tements, il arrive généralement que les locataires, même ceux qui sont sur le même palier, ne se connaissent pas; chaque appartement constitue, pour ainsi dire, une maison différente ayant sa complète indépendance. L'escalier peut, il est vrai, se trouver commun; mais ce passage, qui donne chaque jour accès à tout venant, habitant ou étranger à la maison, n'est qu'un diminutif de la voie publique et ne peut avoir pour effet de changer la nature des appartements. La femme ne peut donc pas plus s'indigner de rencontrer la maîtresse de son mari dans l'escalier que de passer à côté d'elle sur le trottoir, en face de sa porte. Si cependant une porte de communication existait entre les deux logements supposés contigus, il n'y aurait plus par suite qu'un seul et même appartement, et nous devrions dès lors décider que l'entretien a eu lieu dans la maison conjugale (1).

Une autre question intéressante est celle de savoir si, la séparation de corps étant prononcée, la maison du mari reste toujours la maison conjugale. MM. Chauveau et Hélie (2) adoptent la négative et se fondent sur l'art. 339 C. pén. lui-même. Le droit, disent-ils, accordé à la femme de poursuivre l'adultère de son mari ne lui a été accordé qu'exceptionnellement,

(1) Cass., 23 mars 1865, D. 65; 1, 400.

(2) Chauveau-Hélie, *C. pénal*, VI, n° 1636.

quand le mari a été convaincu d'avoir entretenu une concubine au domicile conjugal ; or, il n'y a plus de domicile conjugal au sens de l'art. 339 dès que, par suite d'un jugement de séparation de corps, il n'y a plus d'habitation commune. L'art 339 ne peut donc plus s'appliquer et il faut revenir à l'application du principe admis par le Code que le mari seul peut dénoncer l'adultère de sa femme. Cette théorie traduit-elle exactement le sens de l'expression *maison conjugale* ? Nous ne le pensons pas, et voici pourquoi. La séparation de corps prononcée ne dissout pas le mariage, elle ne fait que détendre et relâcher le lien qui unissait les deux époux. Le mari et la femme, quoique séparés, se doivent donc toujours fidélité, puisque le mariage n'est pas rompu. Or, comme il est admis que la femme séparée peut être poursuivie pour adultère, nous ne voyons pas pourquoi, en principe, le même fait ne pourrait pas être relevé contre le mari, attendu que la séparation de corps ne doit pas créer à son profit une cause d'impunité. Mais, réplique-t-on, il n'y a plus de maison conjugale ! Nous répondrons que la maison où habite le mari revêt toujours le même caractère de maison commune (339 C. pén.) qu'elle avait avant la séparation. Le mari en effet n'a pas perdu sa qualité de chef de l'union conjugale, et c'est à l'endroit où il habite que se trouve le siège de la famille et que l'épouse peut revenir en cas de réconcilia-

tion. Est-il possible que le législateur l'ait autorisé à profaner cette demeure? Ne voit-on pas que, dans le système opposé, le mari aura intérêt à demander la séparation de corps pour mettre sa concubine à la place de sa femme et apporter ainsi un empêchement presque absolu à la réconciliation (1) ?

Enfin la femme devra remplir une dernière condition :

3° Convaincre son mari par un jugement de l'entretien de la concubine dans la maison conjugale.

Nous avons donné précédemment des explications sur cette condition et nous n'y reviendrons pas ici.

3° La concubine du mari peut-elle être poursuivie comme complice ?

Nous venons de voir que la femme seule avait, à certaines conditions, le droit de dénoncer l'adultère de son mari. Demandons-nous maintenant si elle pourra dénoncer la concubine. Pour cela, distinguons deux cas : *a* Celui où la concubine n'est pas mariée ; *b* Celui où elle est mariée.

A. — *La concubine n'est pas mariée.*

M. F. Hélie (2), se fondant sur les art. 338 et 339

(1) Lyon, 15 juin 1837. S. 38, 2, 465.

(2) F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 781.

C. pén., soutient la négative. Nous sommes, dit-il, sur un terrain tout à fait exceptionnel. La loi, dans l'intérêt des mœurs publiques, a limité les personnes qui peuvent être inculpées, et par cela même qu'elle a désigné le complice de la femme, elle semble avoir exclu la concubine du mari. — Nous reconnaissons que nous sommes dans une matière tout à fait exceptionnelle, mais il nous semble que, sans faire violence aux textes et pour les appliquer, au contraire, selon leur esprit, nous devons accorder à la femme le droit de dénoncer la complice de son mari. Le législateur n'a pas, dans les textes relatifs à l'adultère, consacré formellement le droit de la femme comme celui du mari (338 C. pén.) par ce motif qu'il a voulu établir une peine particulière pour ce dernier et ne lui infliger qu'une amende. Mais cette disposition spéciale n'exclut pas les principes généraux sur la complicité (59, 60 C. pén.) qui doivent, dès lors, recevoir leur pleine et entière application (2).

B. — *La concubine est mariée.*

La difficulté est plus grande ici, parce qu'aux termes de l'art. 336 C. pén. l'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari. Or, si on admet la femme à dénoncer la concubine mariée, il semble qu'il y ait violation de la règle « *maritus genitalis tori*

(1) Cass., 16 nov. 1855; S. 56, 1, 484.

solus vindex ». M. Bedel (1), tout en reconnaissant qu'il y a atteinte portée au droit du mari, admet cependant que la femme pourra dénoncer la concubine de son mari. La femme, dit-il, a le droit de déférer aux tribunaux sa rivale, parce qu'il faut opter pour la solution que réclament les mœurs à venger. — Cette solution nous paraît également juste; nous croyons seulement qu'il est inexact de dire qu'il y a, dans l'hypothèse, atteinte portée au droit du mari. L'art. 336 C. pén. vise le cas spécial où la femme est auteur principal de l'adultère, et on conçoit très bien que le mari seul ait le droit de dénoncer l'adultère de sa femme. Mais, dans notre hypothèse, toute autre est la situation : la femme mariée n'est plus poursuivie comme auteur principal, mais comme complice; nous sommes donc en dehors des cas visés par l'art. 336 C. pén., et les art. 59 et 60 C. pén. doivent dès lors être appliqués, aucun texte formel n'ayant dérogé à la règle générale. Du reste, on ne verrait pas pourquoi, rationnellement parlant, le complice de la femme adultère pourrait être poursuivi, qu'il soit marié ou non, tandis que la complice du mari ne pourrait l'être que si elle n'était pas mariée. Le mariage aurait-il donc cet effet de paralyser la répression? Nous déciderons donc que le silence du mari n'empêchera pas la justice de suivre son cours.

(1) Bedel, *Adultère*, n° 57.

4° Fins de non-recevoir opposables à la plainte.

La loi est complètement muette sur ce point. Faut-il conclure de là qu'aucune fin de non-recevoir ne sera admise de la part du mari? Ce serait logique; mais cette décision serait si contraire au but que s'est proposé le législateur que, dans deux cas au moins, la doctrine et la jurisprudence ont admis que la plainte de la femme pourrait être déclarée non recevable. Ainsi, on accorde au mari le droit d'opposer la nullité de son mariage, car il serait injuste de frapper un homme de déchéance sans lui permettre de prouver que le mariage, cause de cette déchéance, était nul. De même l'art. 272 C. civ. porte que l'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux, et il est généralement admis que ce texte doit être appliqué en matière correctionnelle comme en matière civile. C'est satisfaire au vœu du législateur qui a voulu empêcher l'adultère de devenir une vérité judiciaire, et à l'intérêt bien compris des époux et de la famille.

Mais il y a controverse sur le point de savoir si le mari peut opposer comme fin de non-recevoir l'adultère même de sa femme?

La négative est généralement enseignée par les auteurs et la jurisprudence. Elle se fonde sur le silence de la loi. Aucun texte, dit-on, n'a établi en

faveur du mari une fin de non-recevoir identique à celle accordée à la femme contre son mari ; l'interprète ne peut pas en créer une par analogie ou par réciprocité. Les différences entre les deux plaintes, ajoute-t-on, confirment cette interprétation, puisque l'une a pour but de faire condamner à l'emprisonnement et l'autre à une simple amende.

Si la loi a gardé le silence, dit un second système, c'est que le législateur a trouvé inutile de s'expliquer sur ce point, l'affirmative lui paraissant clairement découler des règles qu'il avait édictées contre le mari. Du reste, le silence de la loi ne serait pas un argument bien probant, puisque les mêmes auteurs, malgré ce silence, admettent le pardon et la réconciliation comme fins de non-recevoir. Il serait purement arbitraire d'admettre ces deux causes de non-recevabilité de la plainte sans ajouter l'adultère, puisque toutes trois reposent sur la même base : empêcher des débats scandaleux. On ne verrait pas comment, les deux délits n'ayant pas le même caractère de gravité, la faute plus grave de la femme serait protégée par une exception et celle du mari, beaucoup plus légère, ne le serait pas du tout ?

Nous croyons cependant qu'il est plus conforme à l'esprit de la loi de décider que l'adultère de la femme ne constitue pas une fin de non-recevoir. Quand il s'agit du pardon ou de la réconciliation, les textes de la loi pénale et civile se corroborent, et il est juste de

dire que si la loi pénale a besoin de quelque explication, elle peut être mise en rapport avec la loi civile. Mais pour notre hypothèse, rien de semblable ne se présente. L'art. 339 a prévu spécialement le cas, il n'a pas ajouté *reciproquement*, et l'interprète n'a pas pour mission de compléter la loi.

CHAPITRE II

RAPT

1° Notions générales.

Le rapt consiste dans le fait d'enlever du lieu où elle réside une personne de l'un ou l'autre sexe, mineure de 21 ans et non émancipée, dans le but criminel de la corrompre, ou de la violer, ou de l'épouser. Ce crime est prévu et puni par les art. 354 à 356 C. pén., qui apprécient le degré de culpabilité, selon qu'il a été consommé avec ou sans violence sur une personne de plus ou de moins de 16 ans. La poursuite peut avoir lieu d'office (art. 1, Instr. crim.), si le ravisseur n'a pas épousé la fille enlevée. Mais lorsque le mariage a eu lieu, l'art. 357 C. pén. introduit une exception à la règle générale. Il est ainsi conçu : « Dans le cas où le ravisseur aurait épousé la fille qu'il a enlevée, il ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui, d'après le Code civil, ont le droit de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée. » Ce texte, qui n'est pas très clair, demande quelques explications.

M. Legraverend (1) prétend que l'art. 357 C. pén. « se rapporte bien évidemment à l'article précédent ». Cette opinion nous paraît introduire dans la loi une distinction qui n'y est pas. Le texte n'indique pas les moyens employés par le ravisseur pour arriver à ses fins : sera-ce la fraude? la violence? la séduction? Il doit donc être appliqué dans toute son étendue et à tous les cas prévus par la loi, sans distinction entre le rapt proprement dit et le rapt de séduction (2).

Remarquons en outre que l'art. 357 C. pén. est mal libellé. Il paraît dire en effet que la poursuite peut commencer dès que la plainte a été portée, et que la condamnation ne pourra être prononcée qu'après l'annulation du mariage. M. Carnot (3) admet même cette interprétation en se fondant sur ce que, pendant l'instance en nullité, les preuves pourraient dépérir. Mais cette décision nous semble inexacte, car on aboutit fatalement à cette conséquence que le ravisseur restera indéfiniment dans l'incertitude d'être jugé et par suite en état de détention préventive. Les travaux préparatoires prouvent du reste jusqu'à l'évidence que telle n'a jamais été l'idée du législateur. « Il ne suffit pas, a dit M. Faure (4), pour

(1) Legraverend, *Legislat. criminelle*, I, p. 48.

(2) Chauv.-Helie, *C. pén.*, IV, n° 1754.

(3) Carnot, *C. pén.*, II, art. 35.

(4) Locré, XV, p. 442; — Ortolan, *Droit pénal*, II, n° 1713.

quel'époux puisse être poursuivi criminellement, que la nullité dumariage ait été demandée, il faut encore que le mariage ait été déclaré nul. »

De là il résulte que, pour se trouver dans le cas prévu par l'art. 357 C. pén., les conditions suivantes doivent se trouver réunies :

1° Enlèvement d'une personne mineure de 21 ans (art. 354 à 356 C. pén.);

2° Mariage entre le ravisseur et la fille enlevée contracté soit avant, soit pendant les poursuites sous l'autorité desquelles la fille enlevée était placée ;

3° Jugement ou arrêt prononçant la nullité du mariage;

4° Plainte des personnes qui, d'après le Code civil, ont le droit de demander la nullité du mariage.

2° Nécessité d'une plainte.

L'art. 357 C. pén. nous paraît formel, puisqu'il dit : « Les poursuites ne pourront commencer *que sur la plainte* des personnes qui peuvent demander la nullité du mariage. » Mais la question est controversée. Trois opinions se trouvent en présence :

1° M. Mangin (1) convient qu'au premier abord les termes de l'art. 357 C. pén. semblent exiger une plainte, mais en y réfléchissant, il lui a paru

(1) Mangin, *Act. publiq.* I, n° 345.

paru que l'intention de la loi était de subordonner l'action publique à la seule annulation du mariage contracté et de lui laisser son libre cours lorsque cette nullité était définitivement prononcée. S'appuyant sur les travaux préparatoires, et notamment sur l'Exposé des motifs de M. Faure, cité précédemment, M. Mangin constate que la loi a fait dépendre l'exercice de l'action publique de l'existence du mariage et que, du jour où les tribunaux ont annulé ce mariage, le Ministère public doit reprendre sa liberté d'action. « Le ravisseur, dit-il, n'appartient plus par aucun lien à la personne qu'il avait enlevée, ni à la famille de celle-ci ; repoussé par l'une ou par l'autre, peut-être par toutes les deux, comment la loi les avouerait-elle arbitres de son sort ? Quel serait l'intérêt légitime ? Ce ne peut être la crainte de l'éclat du procès, car, par la demande en nullité, les faits ont reçu toute la publicité que la famille avait à redouter. Enfin, si la nullité avait été prononcée pour cause d'inceste, sur la requête d'office du Ministère public, l'impunité serait presque assurée au coupable, une sœur ou une nièce se décidant rarement à poursuivre leur oncle ou neveu. Le mot *plainte* doit donc s'entendre ici, conclut-il, de la demande en nullité de mariage contracté au mépris des droits des parents ; il y aura plainte dès que les personnes qui ont le droit de faire annuler le mariage auront provoqué cette annulation. »

2° MM. Chauveau et Hélie (1), tout en admettant l'idée de M. Mangin, font cependant une distinction entre le cas où les parents ont demandé la nullité du mariage et celui où l'annulation a été prononcée d'office. Dans le premier cas, ils repoussent la théorie de M. Mangin et disent que l'art. 357 exige formellement deux choses : la plainte et la demande en nullité du mariage. Dans le second, le texte de la loi ne leur paraît plus enchaîner le Ministère public. L'art. 357, disent-ils, suppose l'existence du mariage pour subordonner la poursuite à la plainte ; il va de soi que, le mariage étant dissous, cette exception disparaît et le droit commun reprend son empire.

3° La plainte est toujours nécessaire. — Les deux théories précédentes reconnaissant que l'art. 357 C. pén. exige en termes précis : 1° la plainte des personnes intéressées ; 2° la nullité du mariage ; toute la question revient à se demander si ces deux conditions n'en forment qu'une en réalité. Le deuxième système a déjà admis qu'elles étaient distinctes dans un cas. Nous allons voir qu'il n'y a pas lieu de faire cette distinction. La demande en nullité est en effet intentée par la famille de la fille enlevée ou du ravisseur, la plainte par les parents de la fille enlevée seulement ; l'une a pour but la dissolution du lien conjugal, l'autre la punition du coupable, etc. ; mais ces deux différences suffisent à notre avis pour

(1) Chauv.-Hélie, *C. pén.*, IV, n° 1754.

établir que l'interprète ne peut assimiler deux faits si distincts. — L'existence du mariage, répliquet-on, s'opposait à l'action du Ministère public ; dès qu'il a cessé d'exister légalement, le droit commun doit s'appliquer. Cette objection est grave et aurait pu être prise en considération par le législateur ; mais nous ne croyons pas que l'art. 357 C. pén. autorise le Ministère public à poursuivre d'office dans ce cas. A tort ou à raison, ce texte exige une plainte ; or, dans les 1^{er} et 2^e systèmes, l'action publique va pouvoir suivre son cours sans plainte ! Le passage de M. Faure (Exposé des motifs) prouve surabondamment que cette plainte était indispensable. On conçoit du reste que le législateur ait voulu une manifestation formelle de volonté pour mettre en mouvement l'action publique, les parties intéressées pouvant très bien vouloir s'en tenir à la nullité du mariage et ne pas intenter un procès criminel, le ravisseur ayant agi sous l'empire d'une passion violente dont il regrette les conséquences. Ajoutons que les débats en Cour d'assises étant plus retentissants que devant les tribunaux civils, l'honneur de la mineure n'a rien à gagner à la publication de faits sur lesquels généralement il conviendrait de garder le silence. Aussi concluons-nous que, même au cas où la nullité du mariage aurait été prononcée d'office, la plainte est nécessaire pour permettre au Ministère

public (1) de mettre en mouvement l'action publique.

3° *Fondement rationnel.*

M. Faure (2), dans son Exposé des motifs, nous l'indique en termes précis : « Si le ravisseur, dit-il, avait épousé la personne qu'il avait enlevée, le sort du coupable dépendra du parti que prendront ceux qui ont le droit de demander la nullité du mariage. S'ils ne la demandent point, la poursuite du crime ne peut avoir lieu ; autrement, la peine qui serait prononcée contre le coupable rejaillirait sur la personne dont il a abusé et qui, victime innocente de la faute de son époux, serait réduite à partager sa honte. » Le législateur a donc voulu protéger le nouveau ménage parce qu'il a considéré le mariage comme une réparation suffisante de la faute qui a été commise. Il a sagement pensé que si les personnes les plus intéressées gardaient le silence, la Société, dont les intérêts étaient moins gravement compromis, n'avait pas à élever la voix, alors surtout que l'offense avait reçu la meilleure réparation dont elle était susceptible.

4° *Qui peut porter plainte ?*

Ce sont, dit l'art. 357 C. pén., toutes les personnes

(1) F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n. 785 ; — Le Sellyer, *Exercice et extinction des actions*, I, p. 48 ; — Blanche, *C. pén.*, I, n. 215.

(2) Locré, t. XXX, p. 487.

qui d'après le Code civil ont le droit de demander la nullité du mariage. La plainte pourra donc être formée : 1° par les époux ou celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, si le mariage a été contracté sans le consentement libre des deux époux (art. 280 C. civ.); 2° par tous ceux dont le consentement était requis ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement, si le mariage a été contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille (art. 182-184 C. civ.).

Devons-nous dire avec M. Legraverend (1) que la plainte doit émaner de la personne même qui a attaqué le mariage? Cette opinion nous paraît un peu exagérée. La loi n'exige pas cette condition et nous ne voyons pas pourquoi, le mariage étant annulé, un des parents dont nous avons donné la liste plus haut n'aurait pas qualité pour formuler une plainte, quoiqu'il n'ait pas participé au procès civil.

5° Fins de non-recevoir opposables à la plainte.

Nous trouvons d'abord le mariage, si la nullité n'a pas été prononcée par les tribunaux. Si la demande en nullité de mariage avait été faite et non encore obtenue, la plainte serait non recevable, l'action en nullité pouvant être éteinte par suite de l'approbation expresse ou tacite des parents, ou de la non-

(1) Legraverend, *Législat. criminelle*, I, p. 48.

réclamation de leur part pendant l'année qui suit le mariage (art. 183 C. civ.). Nous pouvons dire, d'une manière générale, que toutes les fins de non-recevoir qui feraient débouter le demandeur de sa demande en nullité entraîneraient, par voie de conséquence, la non-recevabilité de la plainte postérieure, puisque les conditions prescrites par l'art. 357 C. pén. ne seraient pas réunies.

6° Le complice peut-il être poursuivi d'office?

Comme la loi a voulu protéger la famille et éviter l'éclat fâcheux d'un procès criminel, nous pensons que le Ministère public ne peut pas plus requérir d'office contre le complice que contre l'auteur principal. Les mêmes motifs de décider se retrouvent en effet dans les deux cas. La Cour d'assises de la Seine (1) a cependant jugé que l'exception introduite par la loi était personnelle au ravisseur et ne pouvait être étendue au complice. Mais il a été très bien répondu que l'intention du législateur n'était pas d'accorder un privilège au ravisseur, mais d'étouffer le crime lui-même. Ceci étant, ne serait-ce pas aller à l'encontre du but du législateur que d'autoriser le Ministère public à poursuivre d'office le complice du ravisseur? Ne voit-on pas que les faits sur lesquels la loi a voulu garder le silence vont se

(1) Arr. du 26 mars 1834 ; S. 34, 2276.

trouver révélés et amener la désunion dans le ménage ? L'esprit de la loi commande donc de mettre en harmonie l'art. 357 C. pén. avec les règles générales sur la complicité et de décider qu'une plainte préalable sera nécessaire pour permettre au Ministère public de poursuivre le complice, la loi ayant voulu subordonner l'intérêt de la répression du crime à celui de la stabilité et de l'union dans la famille (1).

(1) Cass. 3 août 1852. Bull. n° 335.

DEUXIÈME PARTIE

AU POINT DE VUE DE L'INTÉRÊT PRIVÉ

CHAPITRE PREMIER

DIFFAMATION, INJURES

1. Notions générales.

La loi loi 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse nous fournit de nouvelles restrictions à l'indépendance du Ministère public. L'art. 47 commence par poser la règle générale déjà contenue dans l'article premier du Code d'instruction criminelle. Il est ainsi conçu : « La poursuite des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication aura lieu d'office à la requête du Ministère public. » Puis, ce principe posé, il prend le soin de nous indiquer limitativement les cas où, par exception, la mise en mouvement de l'action publique sera subordonnée à une *plainte* de la partie lésée ; ce sont : la diffamation, l'injure, l'outrage et l'offense. Passons immédiatement à l'étude de ces différents cas, en commençant par donner une définition de chacun de ces délits.

L'art. 29 définit la diffamation : toute allégation

ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. Et il ajoute : toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure. L'injure se différencie donc de la diffamation en ce que, par essence, elle ne contient l'imputation d'aucun fait. L'art. 33 distingue deux sortes d'injures : l'injure publique et non publique ; et punit les premières de peines correctionnelles, les secondes de peines de simple police seulement (471 C. pén.).

L'outrage et l'offense sont des termes plus difficiles, à définir et la maxime « *omnis definitio in jure periculosa est* » reçoit en cette matière une application particulière. Comment distinguer nettement l'injure d'un côté, de l'outrage et de l'offense de l'autre ? Tout terme de mépris, toute expression outrageante qui constitue l'injure constitue également l'offense et l'outrage. Il n'y a donc aucune différence, quant à la nature des choses, entre ces diverses expressions ; il a même été clairement indiqué, dans la discussion qui a eu lieu au Sénat et à la Chambre des députés, que le mot *offense* était synonyme des mots *diffamation* et *injure* (1). Nous concluons donc que la seule qualité des personnes contre lesquelles sont dirigées ces expressions en

(1) Rapport Pelletan, Sénat (*Journ. off.*, 5 juil. 1884) ; — Rapport Lisbonne, Ch. des députés (*Journ. off.*, 22 aout 1881).

détermine le sens. En conséquence, nous dirons : Il y a outrage lorsque les écrits ou les paroles s'adressent, non à un particulier, mais à un fonctionnaire public, aux Ambassadeurs et Agents diplomatiques accrédités près le Gouvernement français (art. 37). L'offense sera le terme qui conviendra le mieux à la situation exceptionnelle du Président de la République ou des Chefs de Gouvernements étrangers.

2° A quelles conditions la poursuite est-elle subordonnée à une plainte préalable ?

Nous énumérerons ces conditions en résolvant les deux questions suivantes :

1° Quels sont les éléments constitutifs de chaque délit ;

2° Quels sont les personnes ou les corps à l'égard desquels le délit a dû être commis.

1° Éléments constitutifs de chaque délit.

A. — Diffamation.

L'art. 29 de la loi du 29 juillet 1881 reproduisant l'art. 13 de la loi du 17 mai 1819 ne nous donne qu'une définition vague et générale de la diffamation. Il semblerait en effet résulter des termes de ce texte que deux éléments sont nécessaires pour constituer le délit : 1° l'imputation ou allégation d'un fait ; 2°

l'atteinte portée à l'honneur ou à la considération d'une personne. Or, ces deux éléments sont insuffisants. Les art. 30 et 31 de la loi ajoutent eux-mêmes que la diffamation ne deviendra un délit que si elle est commise « par l'un des moyens énoncés en l'art 23 », c'est-à-dire si elle a été publique. Et nous devons joindre à la publicité une autre condition si substantielle au délit que le législateur a trouvé probablement inutile de la formuler expressément : l'intention de nuire. En résumé, les éléments constitutifs de la diffamation sont au nombre de quatre.

1° Imputation ou allégation d'un fait ;

2° Fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel il est imputé ;

3° Publicité ;

4° Intention de nuire.

1^{re} Condition. — *Imputation ou allégation d'un fait.*

Les deux expressions employées par la loi ne sont pas synonymes. Imputer, c'est affirmer, tandis qu'alléguer, c'est annoncer un fait sur la foi d'autrui. Dans le premier cas, l'auteur de l'imputation accuse lui-même, directement ; dans le second, l'auteur de l'allégation n'accuse qu'indirectement, par suite de bruits circulants dans le public. Mais, dans l'un et l'autre cas, il y aura diffamation, car, selon l'heu-

reuse expression de M. Rousset (1), « quel que soit le tour de phrase ou la forme de langage, la chose importe peu ; directe ou indirecte, hypocrite ou franche, nette ou dubitative, il suffit que l'allégation ou l'imputation se sente pour qu'elle soit : il appartient aux juges de la dégager des formes souvent très habiles de sa manifestation. »

Une imputation ou une allégation quelconque ne constituerait cependant pas la diffamation : il est nécessaire qu'elle porte sur un fait, que ce fait soit vrai ou faux, peu importe, *veritas convicii non excusat*, mais il faut un fait précis et déterminé, c'est-à-dire un acte d'action ou d'omission envers une personne déterminée. Conséquence : il n'y aurait plus diffamation mais injure, si l'imputation ou l'allégation ne portait pas sur un fait. Ainsi, la qualification de polisson (2), de lâche (3), de canaille (4), constitue une injure, car ces expressions ne contiennent rien de précis, mais quelque chose de vague et d'indéterminé. Si, à l'inverse, je disais : Primus a volé ma montre, ou assassiné Secundus, il y aurait imputation d'un fait nettement caractérisé et dès lors diffamation. Toutefois, en pratique, l'appréciation du point de savoir si le fait est suffisamment précis

(1) Rousset, *Lois sur la presse*, n° 1620, p. 178.

(2) Cass., 16 avril 1841 ; S. 41, 1, 542.

(3) Bordeaux, 9 janvier 1839 ; D. 39, 2, 186.

(4) Paris, 6 mars 1844 ; D. 44, 2, 80.

pour revêtir le caractère de diffamation est souvent très délicate. Un terme qui, considéré en lui-même, est une injure, peut devenir, par suite d'événements postérieurs qui viennent préciser le fait, une diffamation (1). Il y a là une question de fait que les tribunaux devront apprécier d'après les circonstances de la cause. Cependant, si la nuance est parfois difficile à saisir, « un moyen à peu près infaillible, dit M. Grellet-Dumazeau (2), de constater les caractères d'une imputation est de se demander si la vérité ou la fausseté peut en être établie par une preuve. Si cette preuve est moralement impossible, il n'existe point de diffamation. » Comment prouver que quelqu'un est ou n'est pas assassin, faussaire ou voleur? Cela n'est évidemment possible qu'à la condition de déterminer et de préciser des faits d'assassinat, de faux ou de vol, c'est à dire de convertir l'imputation injurieuse en imputation diffamatoire. « Ils m'appellent tison d'enfer, disait Pascal, mais comment leur prouver que je ne suis pas un tison d'enfer. »

2^e Condition. — *Fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel il est imputé.*

Le fait ne doit pas seulement être imputé ou allégué contre une personne individuellement désignée, il faut en outre qu'il porte atteinte à son honneur

(1) Cass., 26 avril 1861.

(2) Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure, de l'outrage*, I, n° 36.

ou à sa considération. Nous ne nous attarderons pas à définir ici le sens abstrait de ces mots, nous nous bornerons à en indiquer la signification pénale. Reportons-nous pour cela aux travaux préparatoires de la loi de 1819, le législateur de 1881 s'étant purement et simplement approprié la définition de cette loi. M. Guizot (1) s'exprimait ainsi : « la considération se rapporte à l'idée que les autres ont de nous, et l'honneur se rattache à l'idée que nous nous tenons à en conserver nous-mêmes. » M. de Serre, garde des sceaux, disait également : « la considération s'entend particulièrement de l'estime que chacun peut avoir acquise dans l'état qu'il exerce, estime qui est pour lui une propriété précieuse que la diffamation peut atteindre sans cependant porter atteinte à son honneur, car on peut être homme d'honneur, n'être pas diffamé comme tel, et l'être par exemple dans les autres qualités morales qui font un bon négociant, un bon avocat, un bon médecin. » La question de savoir s'il y a eu atteinte portée à l'honneur ou à la considération d'une personne est donc essentiellement une question de fait que les juges devront résoudre non seulement d'après les circonstances de la cause, mais encore d'après l'éducation, la position, la profession des parties. Nous ne concluons cependant pas que

(1) *Moniteur universel*, tome LIX, p. 482, 2^{me} colon.

le droit des premiers juges soit souverain et sans contrôle, et nous ferons avec la Cour de cassation la distinction suivante : 1° s'agit-il des faits constatés par les tribunaux (1) et des circonstances dans lesquelles ils se sont produits, la Cour suprême ne pourra pas les contrôler, cet examen ne rentrant pas dans ses attributions; 2° s'agit-il au contraire de savoir si ces faits, tenus pour constants, ont été bien qualifiés en Droit par les premiers juges, nous croyons que la Cour de cassation (2) répond au vœu de la loi, en admettant son droit de censure sur ce point, attendu qu'elle a pour mission d'annuler tout jugement ou arrêt qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi.

Quelques exemples ne seront pas inutiles pour corroborer les principes que nous venons d'exposer. L'art. 339 C. pén. ne punit l'adultère du mari que s'il a entretenu une concubine au domicile conjugal. Or, il a été jugé qu'imputer au mari le fait d'entretenir une femme libre (3), ayant un domicile à elle, constituait le délit de diffamation. Car, reprocher à un homme marié d'avoir un commerce illicite avec une femme, le fait fût-il vrai, est l'imputation d'un vice que réprouvent les bonnes mœurs et qui l'expose au mépris de ses concitoyens. De même il y aurait diffamation dans le fait d'imputer à une personne

(1) Cass., 24 avril 1879; S. 80, 1, 493. — (2) Cass., 10 nov. 1876; S. 77, 1, 437; — Cass., 17 mai 1886; S. 86, 1, 376.

(3) Limoges, 14 mars 1828.

déterminée qu'elle a consenti des prêts usuraires (1). L'imputation dirigée contre un ancien sous-préfet (2) d'être resté ici chez lui durant les troubles qui se sont manifestés dans sa résidence constituerait également la diffamation, car il y a atteinte portée à sa considération professionnelle.

Ajoutons, en terminant, qu'il est essentiel que le fait porte atteinte à l'honneur, à la considération d'une personne désignée nominalemeut, ou d'une façon si transparente que le doute soit impossible.

3^{me} Condition. — *Publicité.*

Il ne peut pas y avoir de délit tant que la pensée n'a pas été portée à la connaissance des tiers, car une pensée non exprimée ne porte évidemment pas atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne: Ce sera seulement quand cette pensée se matérialisera en quelque sorte, et prendra un corps, par suite de la communication qui en aura été faite, que la Société pourra se dire lésée et demander la répression du délit. Aussi, l'art. 30 de la loi du 29 juill. 1881 exige-t-il formellement la publicité comme élément essentiel du délit de diffamation. Il prend même le soin d'indiquer les moyens par lesquels elle se réalisera : ce seront ceux énoncés en l'art. 23 et en l'article 28. Or, ces deux articles sont

(1) Nancy, 28 août 1850; D. 51, 2, 176.

(2) Rennes, 27 mars 1878; D. 80, 2, 68.

ainsi conçus : — art. 23 : « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans les lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans les lieux ou réunions publics, soit par des placards ou affiches exposés aux regards du public, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet, etc ; — art. 28 : 2° Les mêmes peines seront applicables à la mise en vente, à la distribution ou à l'exposition de dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images obscènes. » Nous concluons donc que si la diffamation n'avait pas été rendue publique par un des modes ci-dessus énoncés mais par des moyens autres que ceux prescrits par l'art. 30, elle ne constituerait pas un délit (1). Cette solution nous paraît d'autant plus exacte que la loi elle-même distingue nettement deux sortes de publicité : la publicité spéciale de l'art. 30 et la publicité proprement dite des art 36 et 37.

On pourrait encore tirer cette conséquence de l'idée que la publicité est la condition essentielle du délit de diffamation, c'est que la diffamation non publique n'est pas punissable. Mais la jurisprudence n'a pas admis cette déduction rigoureuse et elle a

(1) Riom, 13 nov. 1867.

toujours décidé que la diffamation non publique devait être assimilée à l'injure non publique et punie comme telle (1).

Quatrième condition. — *Intention de nuire.*

« L'intention de nuire, dit M. Grellet-Dumazeau(2), comprend l'esprit de dénigrement, de malice, de méchanceté, le désir de satisfaire une mauvaise passion, un ressentiment. » La loi de 1881 ne consacre pas formellement cette condition, mais elle ressort si naturellement des principes fondamentaux de notre Droit que les auteurs et la jurisprudence sont unanimes pour l'admettre. Citons seulement à l'appui de cette opinion quelques passages des travaux préparatoires du Code pénal et de la loi de 1819. Devant le Conseil des anciens, Portalis s'exprimait ainsi : « Dans tous les délits qui se commettent par la voie de la presse, comme dans tous les autres délits, il faut, pour caractériser le crime, que la *volonté* de nuire soit jointe au fait matériel de l'action. » Et M. de Serre, en exposant les motifs de la loi de 1819, s'exprimait en des termes semblables. « Ce qui rend une action punissable, disait-il, c'est l'intention de son auteur et le mal

(1) Cass., 19 février 1875; S. 75, 1, 375; — Cass., 15 nov. 1886; S. 86, 1, 145.

(2) Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, I, n° 225.

qu'il a fait ou voulu faire à un individu ou à la Société (1). »

Remarquons toutefois que l'intention de nuire se distingue nettement de la mauvaise foi, car la bonne foi de l'auteur de la diffamation n'empêche pas l'intention de nuire de subsister. Peu importe, en effet, que les faits reprochés soient vrais ou faux, l'atteinte portée à l'honneur ou à la considération d'autrui n'en existe pas moins dans les deux cas, et la vérité des faits imputés ne peut anéantir le délit de diffamation.

Comme l'intention de nuire résulte des circonstances de chaque cause, de l'attitude des parties, nous citerons quelques espèces pour mettre le principe en lumière : Une personne affiche dans un lieu public un placard indiquant une condamnation subie par un individu. Elle se rendra coupable de diffamation, car l'intention de nuire est manifeste (2). En matière de polémique électorale, la jurisprudence se montre généralement assez indulgente. L'intention du nuire peut être réputée inexistante lorsqu'il est établi que le prévenu n'a été guidé que par son désir d'éclairer les électeurs et de repousser les attaques (3). L'imputation de faits déshonorants peut même n'être pas reprehensible si elle intervient

(1) Cass., 3 mars 1879 ; P. 81, 1, 858.

(2) Seine, 9 juil. 1881.

(3) Besançon, 2 avril 1881 ; D. 82, 2. 35.

pour la défense d'un droit. Dans un procès, par exemple, où ma fortune se trouve compromise, j'accuse et je convaincs une personne d'escroquerie, il n'y aura pas diffamation.

A qui incombe la preuve de l'intention de nuire ? En principe, le défendeur n'a besoin d'établir sa bonne foi que si la prévention a déjà démontré que l'intention de nuire résultait des faits. Mais si cette intention n'était pas établie, le prévenu n'aurait aucune preuve à fournir puisqu'il n'y aurait aucun délit à lui reprocher. En matière de diffamation, la jurisprudence a suivi depuis 1821 une doctrine tout opposée. Elle a toujours maintenu que la diffamation est présumée commise avec intention de nuire (1), « attendu, dit-elle, que celui qui se permet publiquement l'allégation ou l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne agit nécessairement avec la connaissance que la publicité qu'il donne à ce fait sera préjudiciable à la personne à laquelle il est imputé, que cette allégation ou imputation doit être réputée de droit faite avec intention de nuire, qu'elle constitue donc par elle-même une diffamation ». On ne peut dire, en effet, que l'auteur de ces imputations a agi par inadvertance, ou dans l'intérêt du diffamé, et son acte ne s'explique que par son intention mé-

(1) Cass., 15 mai 1821; S. 6, 1, 398; 10 fév. 1883; D. 1, 364.

chante de publier un fait de nature à porter préjudice à quelqu'un. Conséquences : 1° c'est au prévenu à prouver qu'il a agi sans intention de nuire (1); 2° la constatation par les juges des imputations diffamatoires emporte par elle-même la déclaration de l'intention de nuire ; il est inutile de dire que le prévenu a agi dans une intention méchante (2).

APPENDICE

Nous noterons en terminant que la vérité des faits diffamatoires ne peut pas, en principe, être établie. Le législateur a voulu, selon l'énergique expression de Royer-Collard, « murer la vie privée » et jeter un voile sur les relations intimes et sur les plaies les plus douloureuses (3) et les plus secrètes de chacun de nous. Qu'importe à la Société la révélation des faiblesses, des ridicules et des malheurs de certains de ses membres ?

M. Émile Augier, dans les *Effrontés*, nous montre où nous en arriverions si la preuve du fait était admise.

LE MARQUIS

Voyez, en effet, où nous en arriverions si, pour

(1) Cass., 26 fév. 1875 ; D. 77, 1, 186.

(2) Cass., 19 fév. 1870 ; S. 70, 1, 180 ; Cass. 2 juillet 1872 ; D. 74, 1, 398.

(3) Grellet-Dumazau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, I, p. 350.

vilipender impunément un honnête homme, il suffisait de prouver son dire.

VERNOUILLET

Il n'y aurait plus de sécurité pour personne,

LE MARQUIS

Si ce n'est pour les imbéciles.

Le législateur a apporté une seule exception à ce principe quand l'intérêt public se trouve compromis. L'art. 35 dit en effet : la vérité des faits diffamatoires, mais seulement quand ils sont relatifs aux fonctions, pourra être établie par les voies ordinaires, dans le cas d'imputation contre les corps constitués des armées de terre ou de mer et autres personnes énumérées en l'art. 31, contre les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière, faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit.

B. — Injures.

L'art. 29, § 2, de la loi du 29 juillet 1881 reproduisant l'art. 13 de la loi de 1819 définit ainsi l'injure : toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait. Cette définition a le grand défaut d'être négative et de nous dire moins ce qu'est l'injure que ce qu'elle n'est

pas. Ajoutons qu'il est regrettable que la diffamation et l'injure se trouvent définis par la même phrase.

Les éléments constitutifs du délit d'injure sont :

1° Une expression outrageante, terme de mépris, invective ;

2° Elle doit s'adresser à une personne déterminée ;

3° Elle doit être commise par les moyens énoncés par les art. 23-28 ;

4° L'intention de nuire ;

5° Elle doit n'avoir pas été précédée de provocation s'il s'agit d'injures envers les particuliers.

Premier élément (1). — *Une expression outrageante, terme de mépris ou invective.*

L'expression outrageante correspond à l'offense dont la personne elle-même se trouve blessée.

Le terme de mépris est plutôt offensant par rapport à autrui, à ceux qui nous entourent.

L'invective comprend à la fois le mépris et l'outrage.

Cette qualification est une question de fait qui, comme la diffamation, doit être laissée à l'entière appréciation des tribunaux.

Nous, renverrons, pour les 2°, 3°, 4° éléments à ce que nous avons dit au sujet de la diffamation, les mêmes règles s'appliquant aux deux cas.

(1) Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, I, n° 1161.

8^e Élément. — *N'avoir pas été précédée de provocation s'il s'agit d'injures entre particuliers.*

C'est là une règle toute nouvelle. Le rapporteur à la Chambre des députés la motivait en ces termes : « Nous avons admis en matière d'injure commise envers les particuliers l'excuse de la provocation, même alors que l'injure était publique. » La législation actuelle n'admet cette excuse que lorsque l'injure n'est pas publique (471 C. pén.) ; la publicité de la provocation nous a paru compenser la publicité de l'injure « *parva delicta mutua compensatione tolluntur* (1) ». La provocation résulte de causes multiples que nous ne pouvons énumérer ici ; nous nous bornerons à dire que, comme il s'agit d'une question de fait, les juges du fait décideront souverainement s'il y a ou non provocation (2). Si la provocation était admise, il n'y aurait plus de délit.

Remarquons, en terminant, que le législateur de 1881 a fait disparaître toute distinction entre l'injure qui renferme l'imputation d'un vice déterminé et celle qui ne la renferme pas. « La seule différence que nous avons voulu établir en fait d'injure, dit M. Lisbonne, c'est celle résultant de la publicité. » La loi ne distingue que deux sortes d'injure : l'in-

(1) Sirey, *Lois annotées*, 1881 à 1885 p. 217, note 66, 3^e observation.

(2) Douai, 7 mai 1882. *Gazette des Tribunaux*, 23 mars.

jure publique punie de peines correctionnelles, et l'injure non publique punie de peines de simple police.

C. — *Offense.*

Cette expression n'a pas été employée par le législateur pour désigner un délit nouveau, mais pour caractériser d'une manière spéciale certains délits commis à l'égard de personnes occupant une situation exceptionnelle, comme le Président de la République, les Chefs d'États étrangers. Elle est synonyme de diffamation ou injure, ainsi que le prouvent les paroles prononcées par les rapporteurs du Sénat et de la Chambre des Députés (1). Le projet voté par la Chambre contenait le mot *outrage*; au Sénat, M. Pelletan y fit substituer le mot *offense*, par cette raison que ce terme exceptionnel convenait mieux à la situation exceptionnelle d'un chef d'État. Le projet revint à la Chambre et le rapporteur admit la rectification apportée par le Sénat en s'exprimant ainsi : « Il doit être bien entendu que, pour qu'elle puisse tomber sous le coup de la loi, l'offense devra réunir dans l'application les mêmes conditions et caractères que l'outrage tel que le prévoit l'art. 29, § 2. »

Les éléments de ce délit étant les mêmes que ceux

(1) *Journal officiel*, 15-22 août 1881.

de la diffamation et de l'injure, il suffira pour les connaître de se reporter à ce que nous avons dit précédemment.

D. — Outrage.

L'outrage, dit M. Grellet-Dumazeau (1), est une expression générique qui embrasse non seulement toute expression outrageante, tout terme de mépris ou invective, mais encore la diffamation et l'injure. L'outrage est un délit, mais il n'est considéré comme tel qu'à raison de la qualité des personnes contre lesquelles il est commis. L'outrage envers les particuliers se confond avec la diffamation et l'injure. Mais il se sépare de l'injure en ce qu'il ne s'adresse qu'à des fonctionnaires ou des personnes ne rentrant pas dans la classe des particuliers et qu'il ne se constitue pas seulement par écrits, par paroles, mais aussi par les gestes, les menaces, etc.

Parmi les conditions nécessaires à la constitution de ce délit, nous ne retiendrons que la publicité, toutes les autres étant semblables à celles que nous avons déjà énumérées au sujet de la diffamation et de l'injure. La loi dit, en effet, que l'outrage doit être commis publiquement, sans renvoyer aux articles 23 et 28. Que conclure de là, sinon que la publicité peut s'opérer par des moyens autres que ceux

(1) Grellet-Dumazeau., *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, I, p. 273.

énumérés par ces articles ? Il suffira donc que l'outrage se soit produit publiquement pour devenir punissable (1).

2. Détermination des personnes ou des corps à l'égard desquels le délit a dû être commis.

S'il s'agit du délit de diffamation ou injure, l'art. 47, § 1^{er}, fait l'énumération suivante.

Nous trouvons :

1° Les Cours, tribunaux et autres corps indiqués en l'art. 30, c'est-à-dire les armées de terre ou de mer, les corps constitués et les administrations publiques.

Le mot Cours doit être pris ici dans son sens le plus large et s'appliquer à toutes les juridictions. Le projet contenait en effet l'expression Cours d'appel, et le Sénat y a substitué l'expression générique de Cours pour comprendre non seulement les Cours d'appel, mais encore toutes les autres Cours : la Cour de cassation, la Cour des Comptes (2).

Que faut-il entendre par corps constitués (3) ? Ce sont ceux auxquels la constitution et les lois organiques qui en forment le complément ont attribué une partie de l'autorité ou de l'administration publique, comme par exemple le Sénat, la Chambre

(1) Dutruc, *Mémorial du Ministère public*, n° 270.

(2) Rapport Pelletan, Sénat.

(3) Cass., 27 février 1885 ; S. 86, 1, 488.

des Députés, le Conseil d'État, les Conseils généraux, d'arrondissement ou municipaux, etc. Par contre, ne seront pas considérés comme corps constitués l'Ordre des avocats (1), la Chambre des notaires.

Notons que, pour faire cesser la controverse (2) qui existait, avant la loi de 1881, sur le point de savoir si les armées de terre ou de mer formaient un corps constitué, la loi (art. 30) leur a accordé une mention spéciale.

Les administrations publiques comprennent la réunion hiérarchique des fonctionnaires chargés de la régie des biens, de la défense des droits de l'État et de tous les établissements utiles au service public, tels que l'Administration de l'enregistrement, des douanes, des bureaux de bienfaisance, des hospices, etc. ;

2° Les membres des deux Chambres ;

3° Les fonctionnaires publics, les dépositaires ou agents de l'autorité publique autres que les Ministres, les ministres des cultes salariés par l'État, et les citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public (art. 47, § 3).

Les fonctionnaires publics — ce sont les person-

(1) Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, I, page 448.

(2) Paris, 3 décembre 1874 ; D. 76, 2, 21, 22 ; — Cass., 9 février 1877 ; D. 77, 1, 414.

nes revêtues de l'autorité publique qui ont la puissance du commandement dans le cercle des attributions qui leur sont confiées par la loi. Exemples : le Président de la République, les membres de la Cour de cassation, des Cours d'appel, les Professeurs de l'Université.

Les dépositaires ou agents de l'autorité publique. — Ce sont les personnes chargées des différents services de l'État et de l'exécution des ordres de l'autorité. Elles ont bien un caractère public, mais non la puissance du commandement. Ainsi les Ministres plénipotentiaires, les Ambassadeurs, les Maires.

Les Ministres des cultes salariés par l'État. — La loi entend parler ici de la qualité de prêtre indépendamment de la fonction qu'il peut exercer. Il suffit que le prêtre soit diffamé soit à raison de sa qualité, soit à raison de ses fonctions comme directeur d'un petit séminaire, par exemple (1). A ce point de vue, il n'y a pas à distinguer entre les différents ecclésiastiques, puisque tous, aux termes de la loi du 18 germinal an XI, sont considérés comme ministres de la même religion.

Les citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent. — Les Conseillers généraux, d'arrondissement ou municipaux (2), les

(1) Dutruc, *Mémorial du Ministère public*, n° 231 ; — Riom, 27 décembre 1881 ; P. 82, 1, 459.

(2) Nancy, 18 août 1882, *Journal la Loi*, 1882, n° 198.

Directeurs (1) des Compagnies de chemins de fer, les délégués sénatoriaux (2).

4° Art. 47, § 4. — *Les jurés, les témoins*. — L'expression *juré* doit être prise *lato sensu*, et comprendre aussi bien les jurés criminels que les jurés d'expropriation (3). Nous ne définirons pas ce qu'il faut entendre par témoin ; nous dirons seulement que la personne qui a témoigné a dû être diffamée à raison de sa déposition (4). — Remarquons que l'art. 47, § 4, ne contenant pas le mot *injure*, on pourrait conclure que s'il s'agit d'injures envers un juré la poursuite peut avoir lieu d'office. Cette décision serait cependant contraire à l'esprit de la loi. Le projet (art. 46) contenait en effet les mots *injure* et *diffamation*. Une observation de M. Ribot, qui voulait que la poursuite contre un juré ou un témoin eût lieu d'office, donna lieu à un rapport supplémentaire. Mais il était si bien entendu que la Chambre examinait le cas d'injure et de diffamation que la Commission apporta son rapport en disant : « Les modifications aux art. 46-47 sont affaire de simple coordination. Or, dans le nouveau texte, le mot *injure* a été oublié. L'inadvertance nous paraît si manifeste

(1) Tribunal de La Roche-sur-Yon, 1^{er} août 1878, *Gazette des Tribunaux* du 5 octobre.

(2) Cass., 28 juil. 1876, P., 77, 1, 179.

(3) Chassan, *op. cit.*, I, p. 416.

(4) Paris, 23 fév. 1883, *Journal la Loi*, 1883, n° 78.

que nous n'hésiterons pas à ajouter ce terme à celui de diffamation.

5° Art. 60, § 1. — *Les particuliers.*

S'il s'agit du délit d'offense :

L'art. 47, § 5, dit que cette offense doit être dirigée contre le Président de la République, les Souverains ou Chefs d'États étrangers. Tout commentaire serait ici superflu. Notons seulement qu'il était nécessaire d'accorder une protection aux Chefs d'États étrangers, pour que l'impunité des offenses qui peuvent leur être adressées n'amène pas un conflit, ou du moins une rupture diplomatique entre les deux nations.

S'il s'agit du délit d'outrage :

L'art. 47, § 5, veut qu'il soit porté contre les Agents diplomatiques étrangers, c'est-à-dire les Ambassadeurs, Ministres plénipotentiaires, les envoyés et chargés d'affaires *accrédités* auprès de notre Gouvernement. Un Consul (1), autorisé seulement par l'*exequatur* à exercer ses attributions en France, ne représente pas son Gouvernement auprès du Gouvernement français, puisqu'il n'est pas accrédité. Il ne peut avoir aucune communication officielle avec ce dernier et ne peut, dès lors, invoquer l'article 47-5°.

(1) Paris, 28 juin 1883 ; S. 84, 2, 29.

APPENDICE

Le Président de la République et ses Ministres sont les seules personnes qui ne sont pas comprises dans l'énumération que nous venons de donner. Le législateur a sagement pensé que la situation exceptionnelle de ceux qui dirigeaient les affaires publiques les mettait en dehors du droit commun. Le Président de la République doit être placé, en effet, au-dessus des luttes de parti, il est investi de la première Magistrature de l'État, et la loi doit faire respecter sa dignité. Les Ministres, de leur côté, dépendant d'une majorité souvent vacillante, n'auraient peut-être pas pu ou voulu porter plainte et il était nécessaire de confier au Ministère public le soin d'assurer la répression. Mais, dit-on, le Président de la République a été l'objet des plus grossières offenses et le Parquet a gardé le silence, il est donc inutile de lui accorder le droit d'agir d'office? Nous ne le pensons pas, car la poursuite d'office servira à faire réfléchir et souvent à arrêter bon nombre de ceux qui voudraient diffamer le Chef de l'État. Il eût été, du reste, tout aussi inutile d'exiger une plainte pour mettre en mouvement l'action publique, puisque le Président de la République, qui a le droit de porter plainte (art. 63 Instr. crim.), n'a jamais usé de cette prérogative. L'inaction du Ministère

public tient à des causes spéciales qui ne détruisent nullement le principe. Maître de l'action publique, il doit être libre d'apprécier si la poursuite ne serait pas inopportune. Pourquoi le Parquet se donnerait-il la peine de poursuivre si les offenses n'avaient d'égalité que leur parfaite innocuité?

3. Fondement rationnel de cette exception.

« Les seules restrictions que nous ayons apportées à la poursuite d'office, a dit le rapporteur de la Chambre des Députés, ont trait à la nécessité d'une plainte de la part d'une certaine catégorie de personnes outragées ou diffamées. Ces restrictions, reproduites des lois des 26 mai 1819 et 29 décembre 1875 sont favorables à la liberté. En effet, elles ont pour objet de ménager les susceptibilités de la partie qui a à se plaindre, elles sont surtout une garantie pour la partie qui a à se défendre contre la poursuite. Elles ont encore un avantage, celui de modérer l'ardeur de la vindicte publique. » Les motifs donnés par M. de Serre lors de la discussion de la loi de 1819 étaient peut-être plus précis : « Nul sans son consentement, dit-il, ne doit être engagé dans des débats où la justice même et le triomphe ne sont pas toujours exempts d'inconvénients ; si le maintien de la paix publique semble demander qu'aucun délit ne soit impuni, cette même paix gagne aussi à ce qu'on laisse

se guérir d'elles-mêmes les blessures qui s'enveniment dès qu'on les touche. »

Tous ces divers délits en effet compromettent bien moins l'intérêt social que celui de la victime de l'infraction. Ils sont le produit d'un ensemble de faits et de circonstances que la partie lésée seule peut apprécier, et il est naturel de lui laisser le soin d'examiner si le silence ne serait pas préférable à un débat public. Ne voit-on pas que le Ministère public pourrait, par suite d'un zèle intempestif, ajouter au mal du délit un mal nouveau : la publicité ? Ce que le plaignant redoute en effet, c'est la publicité de l'imputation portée contre son honneur. Que lui importe la peine dont le diffamateur sera frappé, s'il est lui-même atteint par les effets d'une procédure publique ? Modérer l'ardeur de la vindicte publique, protéger la partie lésée dans ses intérêts les plus chers, telles sont les idées générales qui ont inspiré le législateur pour confier à la victime du délit le soin de décider s'il était opportun ou non de mettre en mouvement l'action publique.

4° Qui peut porter plainte ?

I. — Délit de diffamation et injure (art. 47).

Le délit a-t-il été commis ?

1° Envers les corps énumérés par l'art. 30, c'est-à-dire les Cours, tribunaux, corps constitués. — La

plainte devra être contenue dans une délibération prise par le corps s'il a des assemblées générales ; s'il n'en a pas, ce sera le chef de corps, ou le Ministre duquel ce corps relève, qui portera plainte. « C'est aux Cours, tribunaux et autres corps constitués à reconnaître ce que chaque circonstance leur recommande dans l'intérêt de leur dignité, de leur considération. La publicité, première garantie de la justice des jugements comme de tous les actes des pouvoirs, serait vaine si les actes des Cours et tribunaux, si ceux des autres corps constitués ne pouvaient être librement examinés, et ce libre examen serait compromis par des poursuites trop légèrement entreprises (1). » Ajoutons qu'une plainte collective des membres d'un tribunal (2) ne satisferait pas au vœu de la loi, pas plus qu'une délibération réelle mais isolée de la Chambre offensée (3), si la Cour ou le tribunal se compose de plusieurs Chambres ;

2° Envers un ou plusieurs membres de l'une ou l'autre Chambre. — La plainte doit émaner du ou des membres qui ont été diffamés ;

3° Envers les fonctionnaires publics ou autres personnes énumérées en l'art. 47-3°. — La plainte sera formée par le fonctionnaire ou d'office par le Ministre dont il relève ;

(1) M. de Serre, Exposé des motifs de la loi du 17 mai 1819.

(2) Cass., 29 juillet 1839 ; P. 39, 2, 489.

(3) Chassan, II, n° 1176. *Op. cit.*

4° Envers un juré, un témoin. — La plainte de ce juré ou de ce témoin sera nécessaire ;

5° Envers les particuliers. — La personne diffamée ou injuriée sera seule admise à se plaindre.

II. — Délit d'offense envers les chefs d'États étrangers.

La poursuite (art. 47) ne peut avoir lieu que sur leur requête ou d'office, sur leur demande adressée au Ministre des affaires étrangères et par celui-ci au Ministre de la justice.

III. — Délit d'outrage envers les agents diplomatiques étrangers.

La plainte devra être faite par celui d'entre eux qui aura été outragé, ou d'office, sur leur demande, adressée au Ministre des affaires étrangères et par celui-ci au Ministre de la justice.

CHAPITRE II

CHASSE

I. — *Preliminaires.*

La chasse consiste dans le fait de rechercher, de poursuivre et de s'emparer des animaux qui vivent à l'état de liberté.

Elle comprend donc deux éléments essentiels : 1° la poursuite d'animaux sauvages ; 2° un fait de chasse.

1° *Poursuite d'animaux sauvages.* — Ce terme générique embrasse non seulement le gibier, c'est-à-dire les animaux susceptibles d'être mangés, mais encore tous ceux qui vivent sur la terre et dans les airs. Ainsi, les quadrupèdes utiles ou inoffensifs, nuisibles ou malfaisants, sous restriction de l'art. 9, § 3, de la loi du 3 mai 1844, les oiseaux (pigeons ramiers, etc.), sont susceptibles d'être l'objet de la chasse. Mais les animaux qui vivent dans l'eau et les animaux domestiques (pigeons de colombier, lapins de

clapier ou de garenne fermée) ne sont pas considérés comme des animaux sauvages.

2° *Fait de chasse.* — Que faut-il entendre par cette expression? La loi est muette sur ce point. Mais comme il s'agit surtout d'une question de fait, nous croyons que le législateur s'en est remis à la sagesse des tribunaux pour apprécier, d'après les circonstances de la cause qui leur est soumise, s'il y a ou non fait de chasse.

Toutefois ce serait se tromper étrangement de croire qu'il faut être armé d'un fusil pour faire acte de chasse. L'art. 1, loi du 3 mai 1844, est conçu en termes généraux qui comprennent tous les actes de chasse de quelque manière, par quelque procédé qu'ils soient exécutés, notamment le cas où une personne même non armée fait battre la plaine à son chien pour l'exercer, soit qu'elle ait été munie d'un permis, soit qu'elle ait commis l'acte en temps prohibé (1). De même, ramasser une pièce de gibier blessée (2), tuer un lièvre avec un bâton (3), constituent des faits de chasse.

La loi du 3 mai 1844 a restreint l'exercice du droit de chasse dans de certaines limites pour prévenir la destruction du gibier. Après avoir posé le principe que (art. 1^{er}): Nul n'aura la faculté de chasser

(1) Cass., 6 juil. 1854; D. 54, 1, 305.

(2) Cass., 21 juil. 1855; D. 1, 365.

(3) Angers, 12 août 1872; D. 73, 2, 50.

sur la propriété d'autrui sans le consentement du propriétaire ou de ses ayants droit, elle détermine les moyens et procédés de chasse et investit le préfet, le Conseil général ayant donné son avis, du droit de fixer par des arrêtés le temps de la chasse. Elle édicte enfin des peines correctionnelles contre les délinquants, peines qui varient de l'amende à l'emprisonnement, selon la gravité des faits.

Remarque. — La loi de 1844 se servant de l'expression *délit* et punissant les infractions de peines correctionnelles, il semble qu'il faut entendre le mot *délit* dans son sens naturel et dire que, pour le constituer, le fait matériel et l'intention sont nécessaires. Nous pensons cependant, avec la Cour de cassation, que telle ne doit pas être la signification de ce terme et que l'infraction prévue ne forme qu'une contravention, ou, si on veut bien nous permettre d'employer une expression peu française mais qui rend bien l'idée : un délit contraventionnel.

Le rapporteur de la loi, M. Lenoble, s'est en effet exprimé ainsi : « On a reconnu, dit-il, que dans la répression des délits de droit commun, le juge avait à examiner non seulement le fait matériel, mais encore à apprécier la question d'intention; tandis que s'il s'agissait d'un délit de chasse le fait seul constituerait la contravention(1). » M. Franck-Carré disait

(1) *Moniteur*, 1843, page 4178.

également : « Les faits de chasse, bien que qualifiés délits et punis de peines correctionnelles, ne sont véritablement pas des délits, mais des contraventions, des infractions aux prescriptions de la loi. Encore une fois, les questions intentionnelles sont en dehors d'une telle législation. » Ces paroles claires et précises prouvent, à notre avis, d'une manière péremptoire, que si les auteurs de la loi ont employé le mot *délit* après avoir écarté la question d'intention, c'est parce qu'ils édictaient des peines correctionnelles. De plus, on peut ajouter que si le législateur avait admis l'élément intentionnel, il eût rendu la loi qu'il faisait presque inapplicable, le Ministère public se trouvant généralement dans l'impossibilité de l'établir, vu la bonne foi de l'auteur de l'infraction. Mais, réplique-t-on, vous violez l'art. 1^{er} C. pén., qui appelle délit toute infraction que les lois punissent de peines correctionnelles. Nous répondons avec MM. Chauveau et Hélie (1) que l'art. 1^{er} C. pén. a eu pour but de régler la compétence de la juridiction, mais non de déterminer le caractère, la nature de l'infraction (2).

La conséquence à déduire de ce principe est que le seul fait constaté de l'infraction sans intention coupable suffira pour qu'une condamnation puisse

(1) Chauv.-Hélie., *C. pén.* p. 31, 32.

(2) Cass., 12 avril 1845; D. 45, 1, 222; — Dijon, 15 janv. 1873; D. 74, 292.

être prononcée et que la bonne foi (1) ne pourra être retenue par le juge que pour lui permettre de se mouvoir entre le maximum et le minimum de la peine.

Cet exposé préliminaire terminé, supposons l'infraction régulièrement constatée, réunissant toutes les conditions requises par la loi, et examinons dans quel cas et à quelles conditions le Ministère public se trouvera dans la nécessité d'attendre la plainte de la partie lésée pour mettre en mouvement l'action publique.

II. — *L'exercice de l'action publique se trouve subordonné à une plainte de la partie lésée.*

L'art. 26 de la loi de 1844 s'exprime ainsi : « Tous les délits prévus par la présente loi seront poursuivis d'office par le Ministère public, sans préjudice du droit conféré aux parties lésées par l'art. 182 I. cr.

Néanmoins, dans le cas de chasse sur le terrain d'autrui sans le consentement du propriétaire, la poursuite d'office ne pourra être exercée par le Ministère public sans une plainte de la partie intéressée qu'autant que le délit aura été commis dans un terrain clos, suivant les termes de l'art. 2, et attendant à une habitation ou sur des terres non encore dépouillées de leurs fruits. »

Cet article 26 reproduit donc le grand principe

(1) Cass., 12 juin 1886; S. 86. 1, 489.

posé par l'art. 1 Inst. crim , et déclare que le Ministère public pourra agir d'office toutes les fois que l'ordre public se trouvera intéressé, comme par exemple s'il s'agit des contraventions prévues par les articles 1, § 1, 4, 9, 12, § 5, 6. Il restreint seulement la liberté d'action du Ministère public dans le cas où le délit, ayant été commis sur le terrain d'autrui, a blessé plutôt les intérêts privés que l'ordre public. Dans ce dernier cas, trois conditions sont exigées : 1° le délit doit avoir été commis sans le consentement du propriétaire ; 2° le terrain ne doit pas être clos, suivant les termes de l'art. 2, ni être attenante à une habitation ; 3° les terres doivent être dépouillées de leurs récoltes. Donnons quelques détails sur chacune de ces conditions.

La loi veut en premier lieu que le propriétaire n'ait pas consenti à l'acte de chasse commis sur son terrain. Pourquoi ? Parce que la chasse étant, nous le démontrerons un peu plus loin, un attribut du droit de propriété (art 554, C. civ.), il était juste de déclarer que si celui dont les intérêts sont le plus directement lésés tolérerait cet acte, la Société, qui se trouve atteinte à un degré beaucoup moindre, n'avait pas à faire intervenir son représentant. La conséquence à tirer de ce principe est que le Ministère public doit s'informer si le propriétaire a donné son consentement avant d'intenter l'action publique, car, s'il arrivait qu'à l'audience, le chasseur poursuivi pût

justifier de ce consentement, la poursuite tomberait d'elle-même (1). Le consentement du propriétaire peut être exprès ou tacite, ainsi que cela résulte des paroles prononcées par le rapporteur de la loi. « Lorsque la loi impose, dit-il, la nécessité du consentement du propriétaire, elle a nécessairement reconnu la valeur de ce consentement de quelque manière qu'il fût donné (2). » Toutefois, il est nécessaire que ce consentement ait été obtenu avant le fait de chasse incriminé. (Cass., 2 janv. 1862, D. 1,400.)

La loi exige en second lieu que le terrain ne soit pas entouré d'une clôture continue faisant obstacle à toute communication avec les héritages voisins, et qu'il ne soit pas attenant à une habitation. On conçoit, en effet, que commis dans ces conditions, le délit revêt un caractère particulier de gravité et que la Société reprenne dès lors tous ses droits. Aussi l'art. 13 décide-t-il que la poursuite aura lieu d'office, et l'Exposé des motifs (3) indique en ces termes la raison de cette décision : « Un délit de chasse a paru sortir de la classe ordinaire des infractions de ce genre, c'est celui qui est commis sur un terrain clos appartenant à autrui et dépendant de son habitation. Ce délit est tellement grave que quelques personnes auraient voulu qu'il fût complètement assi-

(1) Douai, 25 nov. 1844; D. 45, 4, 81.

(2) *Moniteur*, 11 fév. 1844, p. 278.

(3) Séance du 17 avril 1843.

milé au vol et puni comme tel. Le Gouvernement a repoussé cette idée. Si le délit dont il s'agit eût été accompagné de certaines circonstances aggravantes, il aurait été réprimé de peines afflictives et infamantes ; une semblable disposition n'aurait pas été en rapport avec les mœurs actuelles. La chasse doit toujours rester un délit et ne jamais constituer, par elle seule, un crime. »

Comme troisième condition, la loi déclare que les terres doivent être dépouillées de leurs récoltes. Le législateur a pensé que l'existence des fruits suffisait pour constituer un dommage non seulement au propriétaire ou possesseur, mais encore à la Société tout entière intéressée à la conservation des récoltes (1), et que, dans ce cas, l'intérêt social exigeait la poursuite d'office. Portalis ajoutait que l'ordre public était aussi bien intéressé à la conservation des récoltes qu'à la conservation du gibier, et que l'ordre public serait blessé si, permettant la poursuite dans un cas, on ne l'autorisait pas dans l'autre. Mais que faut-il entendre par terres dépouillées de leurs fruits ? Nous dirons avec Faustin-Hélie (2) que ce sont les terres qui ne portent plus dans leur sein des fruits, soit en croissance, soit en maturité ; et dont la production peut être endommagée par les chasseurs. Ainsi la Cour de cassation a jugé qu'au

(1) Cass., 16 nov. 1837 ; S. 38, 1, 366.

(2) F. Hélie, *Instr. crim.*, II, n° 810.

16 janvier une terre chargée de froment est, sinon chargée de fruits en maturité, du moins chargée de fruits en croissance, dont la conservation est l'objet de la sollicitude de la loi. Du reste, le projet portait : « la plainte ne sera pas nécessaire si la chasse a lieu sur des terres ensemencées et non encore dépouillées de leurs fruits ». Or, l'expression *ensemencées* a été supprimée, le seul fait de l'ensemencement n'autorise donc pas le Ministère public à agir d'office. La Cour d'Orléans a décidé que des pommes de terre enfouies en terre ne sauraient être considérées comme des fruits (1).

III. — *Historique.*

L'histoire de la chasse pourrait se diviser en trois périodes : 1° la période primitive, où domine le droit naturel : toute personne a le droit de s'emparer du gibier qui est considéré comme *res nullius* ; 2° la période féodale, où le droit de chasse est un privilège réservé aux seigneurs possédant fief et droit de haute justice (art. 28, ordonn. 13 août 1669) ; 3° la période moderne, où le droit de chasse est considéré comme accessoire du sol et inhérent à la propriété. Mais quant à la poursuite et spécialement quant à l'origine de la règle exigeant une

(1) Orléans, 22 oct. 1844 ; S.45, 2, 107 (Herzog).

plainte de la partie intéressée pour qu'il soit permis au Ministère public d'agir, nous ne la trouvons nettement formulée que dans la loi du 30 avril 1790. L'ordonnance du 13 août 1669, sur les eaux et forêts, pour citer la plus célèbre avant la Révolution, disait, art. 31 : « Voulons que nos officiers des eaux et forêts et les capitaines des chasses connaissent concurremment et par prévention entre eux, en ce qui regarde la capture des délinquants, saisie des armes, bâtons, chiens, filets et engins défendus, contravention à la présente ordonnance et information première seulement, mais quant à l'instruction et jugement ils appartiendront au lieutenant de robe longue, à la poursuite et diligence de nos procureurs, sans néanmoins qu'ils puissent exclure les capitaines et lieutenants des chasses d'assister à l'une et à l'autre, etc. »

« Comme cet article, ajoute M. Gallon (1), doit être regardé comme le renouvellement des ordonnances de janv. 1600 (art. 26), de juin 1601 art. (26-27), juillet 1607 (art. 15) en ce qu'il attribue de nouveau aux officiers des eaux et forêts, concurremment avec les officiers des capitaineries, la connaissance des faits de chasse », nous arriverons de suite à loi du 30 avril 1790.

L'Assemblée constituante qui, dans la célèbre nuit

(1) Gallon, Conférence de l'ord. de Louis XIV, août 1669, tome 1^{er}, page 604.

du 4 août, faisait table rase de tous les droits féodaux, devait également abolir le privilège exorbitant de la chasse qui était le fléau des campagnes ruinées pour le bon plaisir des seigneurs. Aussi, décida-t-elle que la chasse serait abolie sous l'unique réserve de n'en permettre l'usage qu'aux propriétaires et avec des mesures de prudence, pour ne pas compromettre la sûreté publique (1). Puis le décret du 11 août (art. 3) confirma cette décision : « Le droit exclusif de chasse et des garennes ouvertes est pareillement aboli, et tout propriétaire a le droit de détruire ou de faire détruire seulement sur ses possessions toute espèce de gibier, sauf à se conformer aux lois de police qui pourront être faites relativement à la sûreté publique. » Ce décret, rendu à la hâte, accordait une liberté trop grande pour qu'on n'en abusât pas. Le braconnage se développa dans des proportions telles que l'agriculture et la sécurité publique se trouvaient compromises. Pour réprimer ces abus et tarir cette source de désordres, si funestes à la conservation des récoltes et du gibier, le législateur résolut d'arrêter les termes d'un décret destiné à parer provisoirement à une situation pressante. En conséquence, le décret du 30 avril 1790 fait défense à toute personne de chasser, en quelque temps et de quelque manière que ce soit, sur le terrain d'autrui sans son consentement. Il confère à

(1) *Moniteur*, 4-5 août 1789

chaque département le droit de fixer pour l'avenir le temps dans laquelle chasse sera libre, tout en accordant par exception aux propriétaires ou possesseurs la faculté de chasser en tout temps dans ses lacs (art. 15) et étangs (art. 13). Quant à la poursuite, il décide qu'elle ne pourra avoir lieu que soit sur la plainte du propriétaire ou autre partie intéressée, soit même, dans le cas où on aurait chassé en temps prohibé, sur la seule poursuite du procureur de la commune (art. 8).

Ce décret de 1790, quoique provisoire, dura cependant jusqu'en 1844, malgré les lacunes qu'il contenait. Cependant, le pouvoir exorbitant qu'il accordait de chasser la nuit, le silence absolu qu'il gardait sur la destruction des couvées et le colportage du gibier suscitèrent les plus vives réclamations. Les Conseils généraux déploraient chaque année l'insuffisance des lois et demandaient une législation plus forte et plus efficace pour enrayer le braconnage, conserver le gibier, protéger la propriété et l'agriculture. En conséquence le Garde des Sceaux proposa une loi qui devint en définitive la loi du 3 mai 1844, qui est toujours en vigueur. Sans revenir sur les dispositions générales de cette loi que nous avons indiquées plus haut, nous constaterons que l'art. 26, dans le cas de chasse sur le terrain d'autrui, subordonne la mise en mouvement de l'action publique au dépôt préalable d'une plainte de la partie intéressée sauf

dans deux cas ; si le délit a été commis : 1° sur des terres non dépouillées de leurs fruits ; 2° dans un terrain clos, suivant les termes de l'art. 2, et attenant à une habitation.

IV. — *Fondement rationnel.*

Plusieurs raisons peuvent être invoquées pour expliquer le fondement de cette exception à l'indépendance du Ministère public. On peut dire d'abord, en s'appuyant sur l'art. 1, 2^e al. de la loi et sur le rapport de M. Lenoble (séance du 10 avril 1844), que le silence du propriétaire doit faire présumer son consentement au fait de chasse. Tant que le propriétaire ou ses ayants droit ne se plaignent pas, l'existence même du délit se trouve incertaine, puisque le délit ne peut exister que si la partie intéressée se prononce formellement (1). Faustin-Hélie, qui partage cette opinion, s'exprime ainsi : « La chasse sur le terrain d'autrui n'est un délit qu'à défaut de consentement du propriétaire ; or, le délit ne peut se présumer, et jusqu'à la plainte qui prouve le consentement, il n'existe pas ; il n'existe pas, puisque son existence dépend de la volonté d'un tiers, puisque ce tiers peut à son gré, en approuvant la voie de fait commise sur la propriété, le faire disparaître. La loi ne pouvait donc pas exposer le Ministère public à poursui-

(1) Ortolan, n° 1730, *Droit pénal*.

vre dans tous les cas un délit qui aurait été effacé le lendemain de la poursuite par la volonté du propriétaire (1). » Comme l'a très bien dit le rapporteur M. Lenoble à la Chambre des Députés : « Le propriétaire qui chasse sur ses terres ne commet pas un délit et on ne peut lui contester le droit de permettre de faire ce qu'il peut faire lui-même. » De plus, il importait, au point de vue de la tranquillité publique, de ne pas susciter des haines et altérer les rapports de bon voisinage par une poursuite indiscrete, alors surtout que le principal intéressé garde le silence. L'atteinte à l'ordre public est si légère que le Ministère public ne devra pas en tenir compte, tant qu'une circonstance aggravante ou une plainte ne donnera pas un caractère plus sérieux au délit.

V. — *Qui peut porter plainte ?*

L'art. 26, § 2, répond que la plainte peut être portée par la partie intéressée.

Il faut entendre ici par partie intéressée toute personne qui, ayant le droit de chasse, a intérêt à la répression du délit. Ce sont :

1° *Le propriétaire.* — Il ne peut y avoir de difficulté sur ce point, puisque l'art. 1, § 2, dit : « Nul ne pourra chasser sur le terrain d'autrui sans le con-

(1) F.-Hélie, *Instr. crim.*, n° 808 ; *Moniteur*, 25 mai 1843.

seulement du propriétaire ou de ses ayants droit. » Il est donc le principal intéressé. — Si la propriété se trouvait indivise, il faudrait la plainte de tous les copropriétaires.

2° *Le possesseur*. — La possession confère en effet à celui qui l'a obtenue tous les avantages de la propriété. La chasse étant un de ses avantages doit appartenir au possesseur. Le possesseur est donc partie intéressée et peut se plaindre.

3° *L'usufruitier*. — L'art. 578 C. civ. définit en effet l'usufruit le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. L'usufruitier est substitué par la loi au lieu et place du propriétaire et a droit à tous les avantages de la chose comme le propriétaire.

Il a donc le droit de chasse et se trouve dès lors intéressé à la répression du délit commis à son préjudice (1).

Nous ne donnerons pas la même solution pour l'usage, car l'art. 630 C. civ. ne lui accorde qu'une part de fruits à lui et à sa famille. Or, le produit de la chasse n'est pas un fruit du fonds. La loi du 30 avril 1790, art. 14, exprimait nettement cette idée en ces termes : « Pourra également tout propriétaire ou possesseur autre que le simple usager, dans

(1) Troplong, *Louage*, t. 1^{er}, n° 38 ; — Toullier, IV, n° 49.

les temps prohibés par ledit article premier, chasser ou faire chasser sans chiens courants, dans ses bois et forêts. » La loi de 1844 n'a pas, il est vrai, reproduit cette disposition, mais on doit la considérer comme subsistant virtuellement, car le législateur de 1844, qui avait le décret du 30 avril 1790 sous les yeux, aurait abrogé formellement cet article s'il ne l'eût pas admis tacitement (1).

4° *Le locataire ou cessionnaire de la chasse.* — Ils sont en effet les ayants droit du propriétaire et leur intérêt est évident. Il a même été jugé que le locataire du droit de chasse n'était pas tenu de justifier d'un bail ayant date certaine, lorsque le délinquant n'a et ne revendique aucun droit en contradiction avec celui du locataire.

Quid du fermier? On a beaucoup discuté et on discute encore aujourd'hui la question de savoir si le fermier a le droit de chasse quand le bail est muet sur ce point. Plusieurs systèmes se trouvent en présence, nous allons les exposer brièvement, la controverse se posant rarement en pratique, puisque le bail contient en général une clause expresse à ce sujet. Nous dirons ensuite quel est notre sentiment.

1^{er} *Système* (2). — Le droit de chasse appartient au fermier seul et dès lors il a le droit de porter plainte,

(1) Metz, 26 février 1850; S. 51, 2, 257.

(2) Laurent, *Droit civil*, XXV, n° 172; — Duvergier, *Louage*, I, n° 73.

puisqu'il est intéressé à la répression du délit. Nous reconnaissons, disent ces auteurs, que la chasse est un attribut de la propriété. Mais le preneur a droit à tous les avantages que la propriété procure, qu'il s'agisse de droits utiles ou de droits qui ne sont exercés que pour l'agrément. Qu'importe donc que la chasse ne soit qu'un plaisir? Est-ce que le fermier ne peut pas avoir le goût et la passion de la chasse aussi bien que la propriétaire? Bien plus, la chasse peut être louée; elle constitue donc un droit utile, quelque mince que soit le profit, et le preneur doit y avoir droit. Aucun texte ne limite le droit du fermier aux seuls fruits de la terre. Au contraire, l'art. 1 du décret du 30 avril 1790 frappait d'amende quiconque avait chassé sur le terrain d'autrui sans son consentement et, en outre, d'une indemnité de 10 livres envers le propriétaire des fruits. C'est donc le fermier qui, dans l'hypothèse, se trouve avoir le droit de chasse, puisque le propriétaire n'a plus droit aux fruits.

2^{me} *Système*. — Le droit de chasse appartient tantôt au propriétaire, tantôt au fermier.

Proudhon (1), auteur de ce système, a cru trouver la solution de la difficulté dans la distinction suivante: si les terres comprises dans ce bail consistent en bois, buissons ou terrains vagues, le droit

(1) Proudhon, *Traité du domaine privé*, t. I^{er}, n^o. 382.

de chasse, dit-il, appartiendra au propriétaire, « attendu que ce droit n'a rien de commun ni avec les fruits du fonds baillé à ferme, ni avec la garantie de leur perception ; si, au contraire, le bail comprend des fonds en culture, le droit de chasse appartiendra au fermier, parce qu'il faut lui donner le moyen de pouvoir se garantir contre les dévastations causées par le gibier et les chasses intempestives du propriétaire.

3^{me} *Système*. — Le droit de chasse appartient concurremment au propriétaire et au fermier.

M. Duranton (1), qui soutient cette opinion, dit qu'au fond, toute la difficulté revient à se demander ce qu'ont voulu faire les parties et quelle a été leur intention.

Or, rien ne s'oppose à ce que, dans le silence du bail, on interprète l'intention des parties en ce sens que la faculté de chasser appartiendra et au propriétaire et au fermier. Cette faculté est de droit naturel. Il est vrai qu'elle est limitée par le respect dû à la propriété ; mais le fermier, dans l'espèce, ne commet aucun envahissement, aucun trouble, et ne porte, par conséquent, pas atteinte à la propriété. Du reste, la loi du 30 avril 1790 paraît formelle en ce sens. L'art. 8 décide que la plainte devra être formée par le propriétaire ou par toute

(1) Duranton, *Cours de Droit français*, IV, n° 286.

autre partie intéressée, et l'article premier alloue une indemnité de dix livres au propriétaire des fruits. Or, comme le fermier est propriétaire des fruits, « il serait aussi absurde que celui qui doit recevoir l'indemnité fût condamné à la payer, qu'il serait contradictoire que celui qui a l'action pour fait de chasse, quand un autre a chassé sans sa permission, fût lui-même soumis à cette action pour avoir chassé sans la permission d'un autre. »

4^m *Système*. — Le droit de chasse appartient au propriétaire seul; c'est celui que nous adopterons, parce qu'il est à notre avis plus respectueux de la loi et de la volonté des parties.

Le propriétaire, qui réunit dans ses mains en un seul faisceau tous les droits divers qui forment ensemble le droit de propriété, n'a pu et n'a voulu, en consentant le bail, se dépouiller que d'une partie de ses droits. Or qu'a-t-il abandonné au fermier? Le droit de cultiver et de récolter. Voilà tout ce dont il s'est dépouillé, puisque nous supposons par hypothèse que la chasse n'a fait l'objet d'aucune observation. Dans ces conditions, comment est-il possible de soutenir que le propriétaire ait abandonné un droit de chasse dont il n'a pas été question? Ce fait serait d'autant plus surprenant que la chasse se distingue nettement de la jouissance du sol à laquelle a droit le fermier.

La loi du 30 avril 1790 n'a en effet, dans aucune

de ses dispositions, identifié le droit de chasse avec le fait de la jouissance à quelque titre que cette jouissance fût exercée. Le droit de chasse, quoique ne constituant plus un privilège, un droit honorifique attaché à la personne du propriétaire, n'en est pas moins un droit d'agrément qui, dès lors, se différencie de la jouissance de la chose louée. Nous voulons bien admettre avec M. Laurent que le fermier peut avoir le goût et la passion de la chasse aussi bien que le propriétaire. Mais si cela est, comment expliquer le silence de ce chasseur passionné sur un fait qui l'intéresse tout particulièrement? D'autre part, si la chasse peut être louée et former ainsi un droit utile, comment ce droit utile peut-il faire partie des avantages que le fermier doit retirer du fonds, puisqu'il est complètement distinct de la jouissance de ce fonds? En outre, le fermier n'a droit qu'aux fruits provenant du fonds. Or, le produit de la chasse n'est pas un fruit du sol affermé, il n'est pas dans la destination de la chose de produire du gibier. Le gibier est *res nullius*. Il est vrai que le fermier peut subir des dommages par suite de la dévastation du gibier, mais, dans ce cas, la loi lui accorde une action en dommages et intérêts contre le propriétaire (1), ses droits sont complètement sauve-

(1) Alger, 27 décembre 1876; S. 77, 2, 206.

gardés. Bien plus, l'art. 15 de la loi du 30 avril 1790 et aujourd'hui l'art. 9 de la loi de 1844 lui donnent le droit de repousser ou de détruire, même avec des armes à feu, les bêtes fauves qui porteraient dommage à ses propriétés. Toutefois il ne s'agit, dans ce dernier cas, que d'un moyen de défense accordé au fermier et non d'un droit de chasse.

Aux termes de l'art. 1, § 2, le fait de chasse n'est légitime que s'il a lieu avec le consentement du propriétaire ou de ses ayants droit. Or le sens du mot *ayant droit* est bien délimité. Il comprend celui qui représente le propriétaire soit par délégation spéciale, soit en vertu d'une concession expresse, soit à titre universel. Le fermier ne remplit aucune de ces conditions. Cette disposition prouve à notre avis, contrairement au premier système, que la loi de 1844 n'a pas voulu reproduire l'art. 1 du décret de 1790, puisque au mot *propriétaire des fruits* elle a substitué le mot *ayant droit*.

Les deuxième et troisième systèmes, quoique très ingénieux, nous paraissent être plutôt le produit d'une idée personnelle que l'interprétation fidèle et exacte de la loi. Sans doute le législateur eût pu se laisser guider par ces considérations, mais nous n'apercevons dans la loi de 1844 aucun texte sur lequel elles puissent s'appuyer, et cela suffit pour nous les faire écarter comme étant divinatoires.

Remarquons, en terminant sur ce point, que si le

gibier était l'unique source de revenu du fonds, ou s'il s'agissait d'une location de chasse, le fermier dans ces cas deviendrait l'ayant droit du propriétaire et aurait dès lors le droit de se plaindre.

CHAPITRE III

PÊCHE FLUVIALE

La loi du 15 avril 1829, toujours en vigueur, sur la pêche fluviale attribue le droit de pêche :

1° A l'État dans les cours d'eau navigables et flottables énumérés par l'art. 1 ;

et 2° Aux propriétaires riverains, chacun de leur côté, jusqu'au milieu du cours de l'eau (art. 2), dans les cours d'eau non navigables ni flottables.

Dans le premier cas, l'art. 5, dernier alinéa, permettant à toute personne de pêcher à la ligne flottante tenue à la main, la poursuite ne peut résulter que de la violation du titre IV, c'est-à-dire des infractions portant atteinte à l'intérêt général. Le Ministère public et l'Administration forestière (1) auront le droit d'agir d'office. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point avec la jurisprudence et nous n'insisterons pas.

Mais dans le second cas, s'il s'agit de la pêche

(1) Cass., 2 mars 1849 ; S. 4, 233.

dans les rivières non navigables ni flottables, qui aux termes d'un avis du Conseil d'État en date du 27 pluviôse an VIII, app. le 30, appartient aux propriétaires ou aux fermiers de la pêche ou aux porteurs de licence, il ne s'agit plus de la violation du titre IV, mais simplement de ce fait que la pêche a eu lieu sans l'autorisation du propriétaire.

Devons-nous décider, comme pour la chasse, que la poursuite du délit commis sera subordonnée à la plainte de la partie lésée?

Deux systèmes se trouvent en présence :

1° Le Ministère public peut agir d'office sans avoir besoin d'attendre une plainte préalable.

La loi du 15 avril 1820 a formellement reproduit le grand principe de l'indépendance du Ministère public, puisqu'elle déclare (art. 36) que le Gouvernement exerce la surveillance et la police de la pêche dans l'intérêt général, et que les officiers de la vindicte publique exercent, conjointement avec les agents spéciaux par lui institués à cet effet, toutes les poursuites et actions en réparations de ces délits, en quelques lieux qu'ils soient commis. Or, l'art. 67 ne modifie aucunement ces règles; il accorde seulement aux parties intéressées l'action civile qui, dans les délits de droit commun, leur est ouverte par les articles 1 et 3 Instr. cr. (1). L'art. 57, en déclarant que

(1) Cass., 17 oct. 1838; S. 39, 1, 245; — Cass., 3 juin 1853; D. 1, 239.

les poursuites et actions seront exercées au nom et à la diligence des parties intéressées, n'écarte nullement la poursuite du Ministère public. Nous sommes dans une matière exceptionnelle et aucune exception restreignant les droits du Ministère public ne se trouve nettement formulée. Cela s'explique, dit-on, par cette idée que le législateur a voulu suppléer à l'inaction ou à la faiblesse des particuliers pour les infractions que le Ministère public jugerait assez graves pour porter atteinte à la propriété.

Bien plus, il résulte des travaux préparatoires que l'art. 36, § 2 de la loi de 1829 n'ordonnait point d'abord la transmission des procès-verbaux au procureur du Roi, mais aux parties intéressées. Et à la Chambre des Pairs, dans la séance du 2 mai 1828, il fut dit que les délits de pêche, lors même qu'ils ne touchent pas à la conservation du poisson ou aux règles de la police, peuvent, en portant atteinte au droit de propriété, affecter l'intérêt public par leur importance ou leur répétition. Renvoi a été fait à la Commission, et il fut proposé de remplacer les mots parties intéressées par ceux-ci : au procureur du Roi. Cet argument est décisif, conclut-on, et si probantes que soient les paroles prononcées par MM. de Malleville et Mestadier en faveur de l'opinion contraire, elles ne peuvent prévaloir sur le texte qui a été définitivement adopté (1).

(1) F. Hélie, *Instr. crim.*, nos 818, 819; — Le Sellyer, *Act. publiq.*, n° 191; — Dalloz, v° *Pêche*, n° 174; — Ortolan, *Droit pénal*, n° 1735.

Malgré l'autorité des éminents jurisconsultes qui soutiennent ce système, nous préférons dire que la plainte sera nécessaire pour que l'action publique puisse être mise en mouvement. Nous reconnaissons bien volontiers, avec ces auteurs, qu'en principe, le Ministère public est investi du droit de poursuivre la répression de tous les délits et qu'il faut un texte formel pour y faire exception. Mais ce que nous contestons, c'est que ce texte n'existe pas. En effet : quels sont les articles visant notre cas ? Ce sont ceux qui sont placés dans la section II, c'est-à-dire les art. 65, 66, 67, 68. Or, l'art. 65 dit que les délits portant préjudice aux fermiers de la pêche, aux porteurs de licence et aux propriétaires riverains seront constatés par leurs gardes.

Leurs procès-verbaux, ajoute l'article 66, feront foi jusqu'à preuve contraire, et enfin l'art. 67 indique comment sera introduite l'action : « Les poursuites et actions, dit-il, seront exercées au nom et à la diligence des parties intéressées. » A prendre ces textes en eux-mêmes ils signifient, à notre avis, que l'action publique doit être provoquée par les intéressés, c'est-à-dire qu'une plainte doit être déposée. Cela nous paraît d'autant plus certain que cette décision était déjà donnée par l'ancienne jurisprudence avant la loi de 1829 et par les travaux préparatoires de ladite loi. Antérieurement à cette loi,

en effet, la Cour de cassation avait déjà admis, vu l'analogie existant entre les délits de chasse et de pêche, que le fait de pêcher dans un ruisseau appartenant à autrui ne peut être l'objet d'aucune poursuite quand la partie lésée n'a pas porté plainte (1) ; or, rien ne prouve que le législateur de 1829 ait abandonné la tradition. Au contraire, les travaux préparatoires la confirment complètement. M. de Malleville, après avoir parlé des délits portant atteinte à l'intérêt général, dit : « Il n'en est pas de même des autres délits ou contraventions qui ne portent préjudice qu'aux fermiers de la pêche, aux porteurs de licences et aux propriétaires. »

La réparation de ces sortes de délits ou contraventions ne doit être poursuivie qu'au nom des parties lésées, et le Ministère public ne doit figurer dans les procès qui en sont la suite que comme partie jointe pour requérir, s'il y a lieu, l'application des peines (2). » M. Mestadier s'est exprimé dans le même sens : « C'est à la diligence des parties intéressées que seront exercées les poursuites et actions en réparation du préjudice qu'elles prétendront avoir éprouvé. » On réplique, il est vrai, qu'il faut tenir compte de la modification apportée à l'art. 36 lors de la discussion à la Chambre des Pairs, modification qui prouve, dit-on, que le législateur a voulu consa-

(1) Cass., 5 fév. 1807 ; S. 7, 2, 74.

(2) *Moniteur* du 27, p. 205, séance du 22 avril 1828.

crer le droit du Ministère public d'agir d'office. Mais nous répondrons que si l'art. 36 a été modifié, c'était pour le mettre en harmonie avec l'art. 70 du projet. Or, cet article 70 a été rejeté par la Chambre des Députés. Le rapporteur, M. de Bouthillier, nous en indique la raison : « La Chambre des Députés a supprimé l'art. 70. Elle a pensé, qu'à l'égard de la pêche comme à l'égard de la chasse, les particuliers devaient demeurer libres de dénoncer les délits pour lesquels la loi leur donne action directe (1). » Le législateur a donc bien voulu maintenir l'analogie qui existait entre la chasse et la pêche.

Remarquons, du reste, que la loi distingue avec soin les poursuites exercées au nom de l'Administration et celles exercées au nom et dans l'intérêt des fermiers de la pêche et des particuliers. En conséquence, ne serait-ce pas se tromper que d'appliquer à la section II les principes de la section I ? De plus, il nous semble que si ces mots « à la diligence des parties intéressées » signifiaient que « l'action civile est accordée comme dans les délits de droit commun », l'article était bien inutile, puisque le droit commun (art. 1, 3) Instr. crim., accordait déjà ce droit à la partie lésée.

(1) Séance du 19 mars 4829, *Moniteur* du 27, p. 416.

CHAPITRE IV

CONTREFAÇON INDUSTRIELLE

La loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention nous fournit une nouvelle exception au principe de l'indépendance du Ministère public.

On entend par brevet d'invention (art. 1) : l'acte officiel constatant que tel jour, à telle heure, une personne déterminée a fait une découverte ou invention dans un genre d'industrie quelconque. Cet acte est, comme on l'a fort bien dit, l'acte de naissance de l'invention. Le Gouvernement n'accorde aucune garantie au breveté, mais comme l'intérêt général est intéressé à connaître les découvertes et inventions, il donne au breveté le droit d'exploiter le brevet à son profit pendant 5, 10, 15 années (art. 4) et de traduire le contrefacteur devant les tribunaux. Le brevet n'est donc pas, comme le dit très bien M. Pouillet (1), la preuve que celui qui le demande a réellement fait une invention, c'est uniquement la preuve qu'il *prétend* être l'inventeur.

(1) Pouillet, *Brevets d'invention*, n° 1.

La contrefaçon consistera donc dans l'atteinte portée tant aux droits du breveté, soit par la fabrication de produits, soit par l'emploi de moyens faisant l'objet du brevet, qu'aux inventeurs de dessins ou de modèles de fabrique, auteurs ou artistes.

La poursuite de ces divers délits est soumise en principe à la poursuite d'office du Ministère public. (Loi du 18 mars 1806, art. 425, 429 C. pén., sur les dessins et modèles de fabrique; loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique, etc.) Il n'y a qu'un cas où l'action publique ne pourra pas être mise en mouvement sans une plainte de la victime du délit, celui prévu par l'art. 45 de la loi de 1844, ainsi conçu : « L'action correctionnelle, pour l'application des peines ci-dessus, ne pourra être exercée par le Ministère public que sur la plainte de la partie lésée. »

I. — *A quelles conditions le délit de contrefaçon existe-t-il?*

L'art. 40 exige deux conditions :

1° Une atteinte aux droits du breveté ;

2° Cette atteinte doit résulter soit de la fabrication de produits, soit de l'emploi des moyens faisant l'objet du brevet.

1° Une atteinte aux droits du breveté. — Cette condition se trouvera remplie lorsqu'il y aura spoliation, imitation de l'objet du brevet. Mais l'em-

prunt d'un des éléments de la chose brevetée ou de certains détails ne suffirait pas pour constituer le délit. La loi exige une atteinte grave portée à la partie essentielle et constitutive du brevet, c'est-à-dire à son objet. Dès lors, peu importe qu'il y ait un préjudice causé ou non, la violation du droit d'autrui n'en existera pas moins (1). Il y aurait également délit si l'invention était de peu de valeur (2), ou constituait un simple perfectionnement (3), ou si la contrefaçon n'était que partielle (4).

La ressemblance entre l'objet argué faux et l'objet véritable sera une question de fait soumise à l'appréciation souveraine des tribunaux et échappant au contrôle (5) de la Cour de cassation.

2° Une atteinte résultant, soit de la fabrication de produits, soit de l'emploi des moyens faisant l'objet du brevet.

A. — *Une atteinte résultant de la fabrication de produits.* — Le fait de fabrication caractérise le mieux le délit de contrefaçon, parce qu'elle montre d'une manière très nette l'imitation d'un objet déjà existant et breveté. La fabrication consiste à faire certains ou-

(1) Pouillet, *Brevets d'invention*, n° 696. — *Contra* : Nouguiér, n° 724; — Picard et Ollin, *Brev. invent.*, n° 534.

(2) Cass., 24 avril 1856; D. 56, 1, 223.

(3) Douai, 30 mars 1846; S. 47, 2, 24.

(4) Cass., 6 février 1864; D. 65, 5, 40.

(5) Cass., 13 juil. 1869; S. 69, 1, 273.

vrages ou certains produits brevetés, comme par exemple une machine, soit à l'aide de moyens identiques à ceux énoncés dans le brevet, soit à l'aide de moyens différents. De nombreuses questions de détails s'élèvent à ce sujet. Toute fabrication, quel qu'en soit le but, est-elle une contrefaçon (1)? A quel moment précis existe le délit (2)? Le licencié ou concessionnaire du droit d'exploitation du brevet est-il tenu de commander au breveté les objets dont il a besoin (3)? Mais le but de notre travail nous empêche d'entrer dans tous ces développements.

B. — *Une atteinte résultant de l'emploi des moyens faisant l'objet du brevet.* — M. Thézard, Professeur à la Faculté de Droit de Poitiers, prétend que l'art. 40, ne parlant que de l'emploi des *moyens* fabriqués et non de l'emploi des *objets* fabriqués, prévoit deux espèces de contrefaçon : l'une la fabrication de produits, l'autre l'emploi des moyens ou procédés. Or, la loi, n'ayant prévu que l'emploi des moyens brevetés, n'a pas pu prévoir sous le nom de *contrefaçon*, l'*usage* des appareils ou objets quelconques produits par le contrefacteur. Il ressort, dit-on, de la discussion de la loi de 1844, que le législateur n'a eu en vue que le fabricant ; les acheteurs ou simples détenteurs ne sont donc pas

(1) Nouguier, *Brev. d'invent.*, n° 736.

(2) Pouillet, *Brevets d'invention*, n° 662.

(3) Paris, 27 janv. 1865, *Annales de la propriété industrielle*, 1869, p. 289.

contrefacteurs, puisqu'ils n'ont rien imité (1). Nous répondrons que la loi ne nous paraît pas faire une semblable distinction entre le produit et le procédé. Est-il possible que le législateur n'eût pas interdit l'usage de la chose contrefaite? Non, car le propriétaire du brevet n'aurait plus été protégé; l'art. 1^{er} se serait trouvé réduit à néant. Du reste, si nous consultons les travaux préparatoires, nous voyons que sur un amendement de M. Delespaul, qui avait prévu cette difficulté, M. Philippe Dupin (2) répondit : « Le mot *exploiter* comprend tout; il est assez étendu pour entraîner dans son application *toute manière d'utiliser* le brevet, soit qu'on l'exploite par soi-même, soit qu'on transmette à un autre la faculté d'en jouir. » Toutefois, la jurisprudence (3) a admis une restriction; elle décide que l'usage de la chose brevetée ne serait punissable que s'il était commercial. L'usage commercial est celui qui destine l'objet ou ses produits à la consommation ou à la jouissance du public, par opposition à l'usage personnel qui consiste dans l'emploi que fait un individu d'une chose dont il retire lui-même et directement les avantages.

(1) Journal *la Loi*, n° 43, Angers, 29 juin 1878; D. 70, 2, 210.

(2) Huard Adrien, n° 266; Sirey, 1844, 1, 794.

(3) Paris, 29 mars 1856, Cass., 27 fév. 1858; — Picard et Ollin, *Brev. invent.*, n° 596.

II. — *Fondement rationnel de cette exception.*

L'Exposé des motifs (1) de la loi de 1844 donnait cette raison que, dans le silence de la partie lésée, on peut penser qu'elle a consenti soit expressément, soit tacitement aux actes contraires à ses droits exclusifs. Pourquoi, dès lors, engager une poursuite? Il n'y a plus de contrefacteur, puisque le breveté a donné son consentement. Le breveté peut avoir, en outre, des motifs d'ordre commercial ou privé qui l'empêchent d'intenter un procès, surtout si la contrefaçon ne lui cause aucun préjudice. D'autre part, les intérêts de la Société ne se trouvent que très indirectement compromis. Pourquoi se montrerait-elle plus intéressée que l'inventeur lui-même?

III. — *Qui peut porter plainte?*

Toute personne à qui appartient le droit exclusif constaté par le brevet. Nous citerons notamment :

Le propriétaire du brevet, car il est le principal intéressé; l'usufruitier du brevet (2), le cessionnaire du brevet, si la cession s'est opérée dans les termes de l'art. 20, c'est-à-dire si elle a été faite par acte notarié, enregistré au secrétariat de la Préfecture du département dans lequel l'acte s'est passé, et s'il

(1) Chambre des députés, Séance, 17 avril 1843; *Moniteur* du 22.

(2) Rouen, 2 juin 1869; D. 74, 5, 46.

y a eu paiement de la taxe déterminée par l'art. 4. Mais si au lieu de faire une cession le propriétaire du brevet n'avait concédé qu'une licence, c'est-à-dire le droit d'exploiter l'invention, le concessionnaire de la licence ne pourrait pas, à notre avis, porter plainte. M. Bozerian (1) partage l'avis contraire. « Aux termes de l'art. 1 Instr. crim., dit-il, l'action en réparation du dommage causé par un délit peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage. Or, le porteur de licence n'en souffre pas moins que le concessionnaire ou le breveté lui-même. Pourquoi donc la loi ne serait-elle pas faite pour celui-là aussi bien que pour ceux-ci ? » Nous répondrons que les parties ayant entendu faire un contrat de licence et non un contrat de cession, il serait contraire à leur intention de faire produire au contrat les mêmes effets que ceux résultant de la cession. De plus, la licence ne confère au concessionnaire que le droit d'exploiter personnellement le brevet, elle ne dépouille aucunement le breveté de son droit de propriété. Il peut même se faire que le breveté accorde une licence à un nouveau concessionnaire sans que le premier pût se plaindre. Le premier licencié ne peut donc avoir le droit de porter plainte, puisque le propriétaire du brevet pourra toujours rendre vaine la poursuite en disant qu'il

(1) Bozerian, *Propriété industrielle*, n° 439.

avait accordé une nouvelle licence. La jurisprudence (1) est en ce sens.

Terminons en disant que si, dans la convention intervenue entre le propriétaire du brevet et le licencié, le breveté accordait le droit de poursuite, nous ne verrions aucun obstacle qui pût empêcher cette clause de produire tout son effet (2).

(1) Cass., 8 mars 1852 ; D. 52, 1, 80 ; — Cass., 27 avril 1869.

(2) Cass., 25 fév. 1860. — *Contra*, Rouen, 2 janv. 1869 ; S. 69, 2, 300.

TROISIÈME PARTIE

AU POINT DE VUE DE L'INTÉRÊT PUBLIC.

CHAPITRE PREMIER

DÉLITS DES FOURNISSEURS MILITAIRES

On entend par fournisseur militaire tout individu qui, comme membre d'une Société ou personnellement, se charge de fournitures d'entreprises ou régies pour le compte des armées de terre ou de mer. L'inexécution de ces sortes d'engagements pouvant avoir les conséquences les plus fâcheuses, les art. 430 à 433 C. pén. prévoient les cas où les fournisseurs aurent, soit fait manquer le service, soit retardé les livraisons et les travaux, soit fraudé sur la nature, la qualité ou la quantité des travaux ou des choses fournies, et les punissent de peines sévères. Enfin, l'article 433 C. pén. décide que dans tous ces cas la poursuite ne pourra être faite que sur la dénonciation du Gouvernement.

I. — *A quelles conditions existent ces délits ?*

Pour les énumérer, nous distinguerons avec la loi trois hypothèses :

1° Cas prévu par les art. 430 et 431 C. pén.

Ces articles sont ainsi conçus : « Tous fournisseurs qui, sans y avoir été contraints par une force majeure, auraient fait manquer le service dont ils sont chargés seront passibles de la réclusion », etc.; et l'art. 431 ajoute : « Lorsque la cessation du service proviendra du fait des agents des fournisseurs, il y aura lieu d'appliquer les mêmes peines. » Il ressort de ces textes que trois conditions sont nécessaires pour donner naissance au délit :

1° Il faut qu'il s'agisse d'un fournisseur, — nous avons donné plus haut la signification de cette expression, — ou d'un de ses agents ;

2° Il doit y avoir cessation du service dont le fournisseur était chargé. — Cet élément est essentiel et constitutif du délit. Ainsi « de simples retards (1) ne seraient pas suffisants pour caractériser le manquement au service, l'art. 433, C. pén. prévoit en effet ce cas tout spécialement et le punit moins sévèrement ;

3° Intention coupable du fournisseur. — Rien ne prouve, en effet, que le législateur ait admis en cette

(1) Chauv.-Hélie, *C. pén.*, VI, n° 2512.

matière spéciale un principe différent du droit commun. Il ne punit en effet le fournisseur (art. 430) que s'il n'a pas été contraint par une force majeure et augmente la peine en cas d'intelligence avec l'ennemi. Qu'est-ce à dire, sinon que l'intention coupable est exigée?

2^o Cas prévu par l'art. 432 C. pén.

Cet article s'exprime ainsi : « Si des fonctionnaires publics ou des agents préposés ou salariés du Gouvernement ont aidé les coupables à faire manquer le service, ils seront punis de la peine des travaux forcés à temps, sans préjudice de peines plus fortes en cas d'intelligence avec l'ennemi. » Les conditions relatives aux délits des complices sont les mêmes que celles que nous venons d'indiquer et nous n'insisterons pas.

3^o Cas prévu par l'art. 433 C. pén.

Quoique le service n'ait pas manqué, dit cet article, si par négligence les livraisons et les travaux ont été retardés ou s'il y a eu fraude sur la nature, la qualité ou la quantité des travaux ou main-d'œuvre, ou des choses fournies, les coupables seront punis d'un emprisonnement de 6 mois au moins, 5 ans au plus, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des dommages et intérêts, ni être moindre de 100 fr. — Dans la première partie de l'article, deux condi-

tions sont exigées : 1° nn retard dans les travaux ou livraisons; 2° une faute ou du moins une négligence du fournisseur. Mais l'art. 433 C. pén. serait-il applicable si, non seulement il y avait eu faute dans les retards apportés, mais encore une fraude? Je le crois avec MM. Chauveau (1) et Hélie, car s'il ne l'était pas, le délit resterait impuni, l'art. 430 s'appliquant seulement au cas où il y a eu manquement de service, et le législateur n'a pas pu vouloir assurer l'impunité à une infraction plus grave que celle qu'il a visée formellement.

Dans la deuxième partie de l'article, qui prévoit une hypothèse différente, l'élément essentiel du délit est non plus une simple erreur ou négligence, mais une *fraude* sur la nature, la qualité ou la quantité des choses fournies.

II. — *Fondement rationnel.*

Les motifs qui ont déterminé le législateur à édicter cette disposition peuvent se ramener aux suivants : il n'a pas voulu qu'une poursuite inopportune du Ministère public puisse entraver le service des armées à un moment où, surtout en temps de guerre, un instant perdu est souvent irréparable, ou ne peut se réparer que par de grands sacrifices. « Il fallait de plus, comme le dit M. Louvet, dans son rapport au

(1) Chauv. et Hélie, C. pén., VI; n° 2511.

Corps législatif, rassurer les fournisseurs pénétrés de leurs devoirs qui auront humainement fait tout ce qui dépendait d'eux pour les remplir. » On peut ajouter que le Gouvernement seul est au courant de toutes ces fournitures, il est le seul à pouvoir apprécier les circonstances dans lesquelles elles ont été faites et admettre des excuses. Sans son intervention, le Ministère public serait généralement impuissant à faire la lumière. Et même en supposant le fournisseur coupable, dit M. Trébutien (1), l'intérêt de l'État s'oppose à ce qu'on puisse arracher à ses fonctions un administrateur dont le concours peut être indéfiniment utile, malgré les fautes commises, parce qu'il résume en lui tous les détails d'une gestion qui pourrait être compromise par son arrestation. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation (2) : « Attendu, dit-elle, que dans les dispositions du Code pénal ayant pour objet la répression des fraudes commises par les entrepreneurs dans l'exécution de leurs marchés, le législateur a dû prévoir le cas où, par des poursuites intempestives, le service du fournisseur se trouverait interrompu, que c'est évidemment par ce motif que la poursuite contre les entrepreneurs a été subordonnée non à une autorisation, mais à une dénonciation en ayant égard aux circonstances d'après lesquelles la mise en mouvement de

(1) Trébutien, *Instr. crim.*, p. 54.

(2) Cass., 28 août 1846; S. 46. 1, 716.

l'action publique pourrait être opportune ou nuisible dans l'intérêt de l'État. »

III. — *Qui peut faire la dénonciation?*

L'art. 433 C. pén. répond : « la poursuite ne pourra être faite que sur la dénonciation du Gouvernement. » Que faut-il entendre par cette expression Gouvernement? Bien que le texte laisse supposer qu'un décret du Chef de l'État soit nécessaire, il est cependant généralement admis que chaque Ministre étant le chef suprême de son administration personnifie le Gouvernement pour les actes dépendant de son ministère. On ne verrait pas pourquoi, du reste, dans une affaire qui peut requérir célérité, il faudrait recourir à la solennité d'un décret présidentiel. Aussi, la plupart des auteurs et la jurisprudence décident-ils que, dans notre hypothèse, les Ministres de la guerre et de la marine, chacun en ce qui le concerne, ont le droit de faire la dénonciation et de requérir des poursuites.

CHAPITRE II

DÉLITS COMMIS PAR UN FRANÇAIS A L'ÉTRANGER.

Cette hypothèse se trouve prévue par l'art. 5 Instr. cr., modifié par la loi du 27 juin 1866. Nous n'avons pas ici à prendre parti sur la grande question de la territorialité ou de la personnalité de la loi pénale, c'est-à-dire à discuter si la loi française doit s'appliquer aux individus quels qu'ils soient qui se trouvent sur le territoire, ou si elle suit le Français qui n'a pas renoncé à sa patrie, partout où il va » *personam sequitur sicut umbra, sicut cicatrix in corpore* ». Nous constaterons seulement qu'à la différence du Code de 1808, qui était territorial, le législateur de 1866, après avoir consulté les grands Corps judiciaires et les Facultés de droit, a résolu d'étendre l'empire de la loi pénale. En effet, d'après l'ancien art. 7 Instr. cr., les nationaux qui sortaient de France n'étaient plus protégés par la loi française, notre loi pénale étant considérée comme expirant, avec notre souveraineté, à la limite de notre territoire. Deux exceptions cependant avaient été apportées à ce principe : 1° en

cas de crimes attentatoires à la sûreté de l'État ou à son crédit (art. 5 Instr. cr.); 2° en cas de crime contre un Français, si le coupable était de retour en France, si le crime n'avait pas été poursuivi et jugé en pays étranger, si le Français offensé avait rendu plainte.

Tout autre est le système de la loi nouvelle. Elle a eu pour but de permettre à nos tribunaux de punir un plus grand nombre d'infractions à la loi française commises en pays étranger.

S'il s'agit de crimes attentatoires à la sûreté de l'État, le Ministère public pourra agir d'office lorsque le coupable, ayant l'audace de revenir en France, s'y fera arrêter.

S'il s'agit d'autres crimes commis à l'étranger par un Français, l'art. 5 décide que le Parquet peut agir d'office si l'accusé est de retour en France et s'il n'a pas été jugé définitivement à l'étranger. Et cela, sans distinguer si la victime est de nationalité française ou étrangère.

Quant aux délits, l'art. 5 apporte également une innovation : « Tout Français qui, hors du territoire de France, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi, peut être poursuivi et jugé en France si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis. »

Puis il ajoute : « En cas de délit commis contre un particulier français ou étranger, la poursuite ne

peut être intentée qu'à la requête du Ministère public ; elle doit être précédée d'une *plainte de la partie offensée* ou d'une *dénonciation* officielle à l'autorité française par l'autorité du pays où le délit a été commis.

I. — *A quelles conditions existe ce délit ?*

1° L'inculpé ne doit pas avoir été jugé à l'étranger. — La raison ne concevrait pas pourquoi, un jugement ayant été prononcé, un second jugement interviendrait. « La maxime *non bis in idem* est fondée, disait M. Langlais, dans l'Exposé des motifs, à la fois sur le respect dû aux décisions de la justice et sur les vraies notions de l'humanité. La succession des poursuites pourrait amener des sentences contradictoires et il n'y aurait plus de repos ni de sécurité pour les personnes. » M. Berlier (1) s'exprimait dans les mêmes termes en 1808 : « Cette maxime appartient au droit universel des nations. » — Elle doit d'autant mieux être acceptée qu'il s'agit non pas d'exécuter le jugement étranger, mais d'arrêter des poursuites nouvelles.

2° L'inculpé doit être de retour en France. — C'est en effet la présence de l'agent sur le territoire français qui cause un trouble dans la cité, puisque, par hypothèse, l'acte a été commis à l'étranger ; sans cette condition, l'État français n'aurait au-

(1) Proc.-verb. C. d'État, séance 17 fructidor an XII.

cun intérêt à exiger une répression. Aussi décidons-nous que si l'inculpé était absent, il ne pourrait pas être jugé par contumace.

3° L'inculpé doit avoir la qualité de Français. — La loi française ne peut en effet s'appliquer qu'à des personnes françaises, et nous n'aurions pas mentionné cette condition si la loi n'y avait pas fait exception dans un cas : celui de crime contre la sûreté ou le crédit de l'État (art. 7 Instr. cr.).

4° Le fait doit être puni par la loi française et la législation du pays où il a été commis. — La Commission du Corps législatif se trouvait en face de deux systèmes opposés : l'un qui maintenait la répression du délit commis à l'étranger d'une manière absolue, l'autre qui refusait de le comprendre dans le projet : elle adopta un système mixte. Animée du désir de réprimer le mal partout où il se présente, elle pensa qu'il fallait punir les délits qui présentaient une certaine gravité. Mais elle s'aperçut bientôt que, pour les délits spéciaux comme l'usure, par exemple, punis dans certains pays et tolérés dans d'autres, la répression pourrait paraître injuste. Elle résolut donc de tenir compte du milieu dans lequel l'inculpé a vécu, des habitudes et des mœurs qui l'environnaient. Si on objectait que la loi ne pouvait déclarer un individu innocent s'il se trouve dans tel pays, et coupable s'il se trouve dans tel autre, on répondait : Il ne s'agit pas d'apprécier la culpabi-

lité selon que la loi étrangère prévoit ou non le délit, mais de se demander si, en principe, il est conforme à la morale du juste et à l'utilité sociale en France de décider que le délit soit réprimé, alors même que la loi étrangère ne le punit pas. Aussi, « pour ne pas dépasser la mesure d'une humanité raisonnable », le législateur a-t-il admis, que le délit était suffisamment grave pour engendrer la répression, seulement dans le cas où il serait prévu par la loi française et par la loi étrangère.

II. — *Fondement rationnel.*

Il s'agit de faits, a-t-on dit, qui, n'ayant pas produit une impression profonde comme un crime, laisseront moins de traces et s'effaceront plus vite. Les preuves seront difficiles à découvrir. Si on songe que, même en France, la partie publique rencontre beaucoup de difficultés pour compléter une instruction, on se demande si le Ministère public ne sera pas dans l'impossibilité d'agir, la partie lésée gardant le silence et les faits s'étant passés à l'étranger. Le Parquet trouvera même d'autant moins d'empressement de la part des autorités étrangères qu'il s'agit d'une affaire de peu d'importance. Si, au contraire, la partie intéressée intervient, elle pourra éclairer la marche de la justice et donner tous les renseignements nécessaires à l'instruction.

III. — *Qui peut porter plainte?*

Ce droit appartient d'abord à la victime du délit, à ses héritiers et à ses plus proches parents. La Cour de cassation (1) décide en effet que toute personne n'a pas le droit de porter plainte, que ce droit passe aux individus de la famille ; qu'il ne peut être limité aux héritiers, puisque, parmi les parents aptes à se porter héritiers, il y en a qui pourraient ne pas accepter l'hérédité ; qu'il ne peut non plus être limité aux enfants, s'il en existe, soit à cause de leur minorité, soit parce que, dans l'espèce, ils ne pourraient rendre plainte sans la diriger contre leur propre père ; que dès lors ce droit de plainte est nécessairement transmis à tous les individus de la famille du défunt, non par droit d'hérédité, mais par droit d'affection pour la personne décédée.

(1) Cass., 17 août 1832; S. 32, 4, 486.

QUATRIÈME PARTIE

FORMES DE LA PLAINTÉ.

Les cas exceptionnels où l'action publique se trouve subordonnée à la plainte de la partie lésée étant établis, nous devons maintenant rechercher suivant quel mode, selon quelle forme, cette plainte doit être déposée. En d'autres termes, la question revient à se demander si les art. 31 et 63 Instr. cr. reçoivent ici leur application.

M. F.-Hélie (1) soutient l'affirmative. La plainte, dit-il, forme le principe de toute la procédure, il est nécessaire que cet acte, base unique de l'action, soit régulier et constate la volonté formelle du plaignant. Or, comment obtenir ce résultat si on n'exige pas les formalités requises par la loi? Comment surtout établir la preuve de la provocation de la poursuite, si on ne suit pas les règles précitées? Est-ce qu'il n'est pas utile, nécessaire même, notamment en cas d'adultère, d'enlèvement de mineure, d'appeler l'attention du plaignant par les solennités mêmes de la

(1) F.-Hélie, *Instr. crim.*, n° 751 ; — Merlin, *Rép.*, v° *Plainte*.

plainte et de le forcer à envisager la gravité de l'acte qu'il fait ? Une lettre peut être écrite avec quelque légèreté, il n'y a pas là un acte suffisant pour revêtir la volonté bienarrêtée de poursuivre. La prudence exige donc, comme la loi, que les formes des art. 31 et 65 Instr. cr. soient appliquées. — Tel ne sera pas notre sentiment. Les différents textes que nous avons énumérés ne prescrivent aucune forme particulière à la plainte et rien ne prouve que la loi ait voulu renvoyer aux art. 31 et 65 Instr. cr. Les diverses lois postérieures, notamment la loi sur la presse, montre que telle a bien été l'intention du législateur, puisqu'elles n'ont pas modifié la jurisprudence admettant qu'aucune forme solennelle n'était requise pour la plainte. Du reste, on conçoit très bien que la volonté de la partie lésée puisse se manifester clairement par un acte non revêtu de la solennité prescrite par le Code d'instruction criminelle. La loi a voulu que l'action publique fût provoquée par la partie lésée ; or ce but est complètement atteint si la victime de l'infraction dénonce sous une forme quelconque les faits qui l'ont blessée, dans son honneur ou sa réputation, par exemple. La volonté du plaignant peut être exprimée avec autant d'énergie, les faits articulés avec autant de précision dans une simple lettre que dans l'acte revêtu des formalités des art. 31 et 65 Instr. cr. Pourquoi dès lors réduire cette volonté à néant si elle n'est pas constatée d'une

manière spéciale (1)? Conséquences : on ne saurait considérer comme une plainte divers renseignements administratifs relatant certains faits de diffamation ou injure sans en demander la répression (2). Elle ne saurait résulter non plus de certaines circonstances extrinsèques ou d'une volonté non écrite et simplement présumée (3).

Il n'est pas nécessaire que la plainte spécifie le délit (4), ni qu'elle contienne exactement la qualification du fait incriminé, la qualification ne lie pas le Ministère public (5).

Elle n'a même pas besoin d'être datée (6), il suffit qu'il soit établi, en fait, qu'elle a précédé l'exercice de l'action publique.

Ce principe posé, la loi exige, par exception dans certains cas, une forme spéciale : 1° En matière de diffamation ou injure adressées aux Cours et autres Corps énumérés en l'art. 30 de la loi du 29 juillet 1881, l'art. 47 - 1° veut que si ce Corps a des assemblées générales, une *délibération* soit prise par lesdites assemblées pour requérir des poursuites ;

2° Dans le cas d'offense envers les Chefs d'État ou d'outrage envers les Agents diplomatiques étrangers,

(1) Cass., 20 juin 1873; S. 73, 1, 388; 9 juin 1858; S. 58, 1, 335.

(2) Cass., 27 septembre 1847; D. 47, 1, 390.

(3) Cass., 20 mai 1863; D. 63, 1, 407.

(4) Cass., 3 juill. 1874; *Bull. crim.*

(5) Cass., 3 juin 1845; D. 45, 1, 348.

(6) Cass., 18 janv. 1861; D. 61, 1, 186.

la poursuite, si elle n'a pas lieu à leur requête, se fera d'office sur leur demande adressée au Ministre des affaires étrangères et par celui-ci au Ministre de la justice.

Disons en terminant que la plainte peut être adressée soit au Procureur général, ou au Procureur de la République (art. 30, 48, 50 Instr. crim.), soit au juge d'instruction; soit à un officier de police judiciaire qui doit alors la transmettre au Procureur de la République (art. 64 Instr. crim.). La plainte peut encore se présenter sous forme de citation directe (art. 36, 65, Instr. crim.), dans les cas où la loi l'autorise.

CINQUIÈME PARTIE

DES EFFETS DE LA PLAINTÉ.

1. — *Le Ministère public reprend sa liberté d'action.*

La plainte formée a pour effet de rendre recevable l'action du Ministère public, qui jusque-là était paralysée. Le lien qui l'enchainait se trouvant brisé, il reprend son entière indépendance et demeure libre d'agir ou de ne pas agir d'après les principes que nous avons posés au début de notre travail : « En thèse générale, dit M. F.-Hélie (1), le Ministère public, dès que la plainte a été déposée entre ses mains, reprend le libre et entier exercice de l'action publique. La partie lésée a le droit de ne pas porter plainte, mais c'est là tout son droit ; elle peut suspendre et empêcher la formation de la poursuite, mais c'est là tout ce qu'elle peut. La loi ne lui a pas donné d'autre privilège. Elle a épuisé son pouvoir en formulant sa plainte, elle n'exerce plus aucune influence au delà. L'action qu'elle a provoquée ne lui appartient pas, le Ministère public, dès qu'il en est saisi, l'exerce seul, et ne doit consulter que les intérêts de l'ordre qui lui sont confiés. » Ajoutons que

(1) F.-Hélie, *Instr. crim.*, n° 737.

si le Ministère public recouvre toute sa liberté d'action (art. 1 Instr. crim.), il ne la recouvre que dans la mesure et sur les faits contenus dans la plainte. Si, par exemple, depuis la plainte déposée, des faits nouveaux s'étaient produits ou si le plaignant n'avait dénoncé que certains griefs, le Ministère public ne pourrait suivre sur les faits non contenus dans la plainte, ou sur ceux réservés par la partie lésée (1) excepté dans le cas où il y aurait indivisibilité entre tous ces faits.

Examinons les conséquences qu'il faut déduire de ce principe général relativement au désistement, au décès de la partie plaignante, et de l'appel interjeté.

II. — *Du désistement.*

Si, après avoir déposé sa plainte, la victime du délit déclare la retirer, l'action publique pourrait-elle continuer à suivre son cours? Nous avons admis que, la plainte reçue, le Ministère public reprenait sa liberté d'action; or, l'article 4 Instr. crim. disant : « la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique », nous devons logiquement décider que le caprice du plaignant ne doit pas avoir d'influence sur la mise en mouvement de l'action répressive. M. Le Sellyer (2) indique

(1) Cass., 17 janv. 1829; D. 29, 1, 203; — Mangin, *Act. publiq.*, n° 439.

(2) Le Sellyer, *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions*, II, nos 499 et 242.

nettement les motifs pour lesquels il ne dépend pas de la partie lésée, en se désistant de sa plainte, d'empêcher les poursuites du Ministère public. Le principe général est, dit-il, que tout délit donne essentiellement lieu à l'action publique, laquelle, sauf les cas particuliers d'exception, est confiée de la manière la plus absolue au Ministère public (art. 1 Instr. crim.). A la vérité, le législateur a dans certains cas déclaré que le Ministère public ne pourrait agir que sur la plainte de la partie intéressée; mais il ne dit nulle part qu'une fois cette plainte intervenue, la partie lésée devait y *persister* pour que l'action publique pût être exercée ou suivie. Lors donc que la plainte serait retirée, le principe général recevrait son entière application, les exceptions devant être formelles. — La jurisprudence consacre également cette opinion et déclare que si certains délits ou contraventions ne peuvent être poursuivis d'office lorsqu'il n'y a ni plainte, ni poursuite du particulier lésé, il ne s'ensuit pas que l'action du Ministère public soit subordonnée aux caprices ou à la volonté de la partie civile; que le Ministère public doit remplir le devoir de ses attributions et continuer les poursuites pour faire prononcer les peines ordonnées par la loi (1).

Y a-t-il quelques dérogations à cette règle générale?

(1) Cass., 23 janv. 1813; J. P. XI, 70.

En matière de diffamation et injures, la loi du 29 juillet 1881, art. 32, 33, § 2, décide formellement que le désistement du plaignant arrêtera la poursuite commencée. C'est là une exception motivée sur cette idée « qu'il était de toute justice que celui qui a lancé la poursuite dans un intérêt essentiellement privé reste toujours maître de la retirer ou de la maintenir ». (Rapport Pelletan au Sénat.)

Devons-nous admettre une nouvelle exception en matière d'adultère et dire que si le mari qui a dénoncé l'adultère de sa femme se désiste, ce désistement aura pour effet d'arrêter la poursuite? — L'affirmative nous paraît résulter des art. 336-337 C. pén. Ces articles établissent en effet non seulement que le mari seul a le droit de dénoncer l'adultère de sa femme, mais que seul il peut arrêter l'effet de la condamnation en consentant à reprendre sa femme. Or, comment le mari, qui a le pouvoir de paralyser l'effet d'une décision de la justice, n'aurait-il pas *a fortiori* celui d'empêcher l'action de suivre son cours? Comprendrait-on que la loi qui, par un motif supérieur d'intérêt privé, a voulu jeter un voile sur les affaires entre époux, laisse produire, le scandale qu'elle tenait à éviter, et cela contre le gré du principal intéressé ! Mais, réplique-t-on, aucun texte de loi n'accorde au mari ce droit exceptionnel ; l'argument tiré de l'art. 337 C. pén. n'est pas exact : il y a eu dans ce cas un châtement, une condamna-

tion, la Société est satisfaite et les époux pourront dès lors se réconcilier. Mais dans notre hypothèse la Société a été troublée, l'action publique mise en mouvement, et satisfaction doit être donnée à la vengeance publique ; la volonté du plaignant ne peut avoir aucune influence. — Écartons de suite ce second argument, car il aboutirait à faire décider que la réconciliation des époux survenue postérieurement à la plainte n'éteindrait pas l'action publique. Or, comme nous l'avons vu à propos des fins de non-recevoir, c'est ce que tout le monde admet. Il est vrai qu'aucun texte ne consacre formellement l'exception que nous admettons, mais elle ressort nécessairement de l'esprit de la loi. La loi, dit M. F.-Hélie, en subordonnant la poursuite à la dénonciation du mari, a voulu qu'il pût sans cesse pardonner à sa femme et que l'exercice de l'action publique ne fût jamais un obstacle à la réconciliation des époux. Il serait contradictoire de continuer les poursuites malgré la volonté du mari, lorsque son assentiment est nécessaire pour les commencer. La Cour de cassation (1) confirme également cette opinion. « Attendu, dit-elle, qu'aux termes de l'art. 336 C. pén. les poursuites du Ministère public ne peuvent être exercées que sur la dénonciation du mari ; que, par une conséquence nécessaire, l'action du Ministère public doit

(1) Cass., 30 juillet 1886 ; S. 86, 1, 488.

cesser lorsque, pendant les poursuites, le mari rétracte sa plainte par une déclaration formelle ; que le mari, en se désistant, n'est pas obligé de reprendre sa femme ; que cette obligation ne lui est imposée que dans le cas où, conformément à l'art. 337 C. pén., il veut user du droit de grâce et arrêter les effets d'une condamnation prononcée contre sa femme. »

M. Desjardins (1), Professeur à la Faculté de Droit de Paris, partage cependant une opinion opposée. D'après cet auteur, l'arrêt de la Cour de cassation serait irréprochable « s'il était vrai que la faculté d'arrêter par un désistement l'action du Ministère public fût une *conséquence nécessaire* du droit attribué au mari par l'art. 336 C. pén. ; mais là est la question ». Bien plus, un arrêt de cassation du 13 novembre 1885 décide que la plainte une fois déposée, le Ministère public rentre dans la plénitude de ses attributions ; or, la loi du 29 juillet 1881 sur la presse déclare que le désistement du plaignant arrêtera les poursuites commencées (art. 60-5^e). Il n'y a donc pas dans le désistement la conséquence nécessaire du droit de porter plainte. L'objection, ajoute-t-on, nous paraîtrait également irréfutable si ces mots : par une *conséquence nécessaire*, se rapportaient à l'expression *dénonciation* seule ; mais, à notre avis,

(1) *Revue critique*, XVII, n° 1, janvier 1888.

ils se rapportent à la dénonciation *du mari*, c'est-à-dire par une conséquence nécessaire de la dénonciation du mari, de la situation particulière à lui faite par la loi. De même, ajoute l'auteur, si on tire argument de l'art. 337 C. pén., il faut décider que le désistement n'aura lieu que si la reprise de la vie commune se produit, car le vœu de la loi a été que les époux se réconcilient.

Nous nous permettrons de répondre qu'il ne nous semble pas y avoir contradiction entre l'arrêt de cassation du 13 décembre 1855 et celui du 30 juillet 1886, ce dernier arrêt étant obligé d'admettre le principe posé par le premier, savoir : la liberté d'action du Ministère public une fois la plainte déposée, pour y apporter une restriction au cas d'adultère. D'autre part, l'Exposé des motifs que nous avons cité plus haut (Rapport Pelletan au Sénat) nous paraît prouver péremptoirement que le législateur de 1881 a voulu dire que le désistement était une conséquence nécessaire du droit de plainte. En tous cas, il a très bien pu vouloir consacrer par un texte formel ce qui, sans cela, eût fait, comme pour l'adultère, l'objet d'une controverse. — Quant à l'art. 337 C. pén., nous dirons que les deux situations ne sont pas les mêmes. Lorsqu'il y a un jugement de condamnation, lorsque tous les scandales ont été dévoilés, on comprend que, pour anéantir une décision de la justice, la loi ait exigé la reprise de la femme par le mari.

Mais s'il n'y a pas de décision judiciaire, comme dans notre hypothèse, pourquoi forcer le mari à reprendre sa femme et ne lui permettre de se désister qu'à cette condition?

Le désistement peut être exprès ou tacite, mais il doit résulter d'un acte formel. Il aura pour effet d'éteindre l'action publique tant à l'égard de la femme qu'à l'égard du complice. Faisons cependant une distinction relativement au complice : si le désistement arrive avant qu'il y ait un jugement définitif, il profitera au complice pour que l'intérêt de la famille ne se trouve pas compromis. Mais, s'il intervient après le jugement définitif qui a condamné la femme, le complice ne pourra pas profiter du désistement du mari, le droit commun reprend son empire.

Disons, en terminant, que le mari ne pourrait pas rétracter son désistement ; l'action est éteinte et ne peut renaître que si des faits nouveaux d'adultère viennent à se produire.

Appendice. — Faut-il admettre le désistement de la femme, M. Mangin soutient l'affirmative (1). Il a dû être dans l'intention de la loi, dit-il, que les tribunaux accueillissent tout ce qui peut empêcher que la violation de la foi conjugale, soit du côté du mari, soit du côté de la femme, ne devienne une vérité

(1) Mangin, *Act. publique*, n° 437.

judiciaire. La négative nous semble préférable, parce que le droit de grâce accordé au mari est tout à fait exceptionnel et ne peut être étendu à la femme (1).

III. — *Décès de la partie plaignante.*

L'action publique est-elle éteinte par le décès du mari comme en cas de désistement?

La Cour de cassation (2) a jugé « qu'à toutes les époques de la procédure l'action du Ministère public a besoin du mari, puisqu'elle est constamment subordonnée à sa volonté, que le décès du mari, en faisant disparaître ce concours, élève contre l'action publique une fin de non-recevoir insurmontable ». Et M. l'avocat général Dupré-Lasale (3) l'a soutenu en termes éloquents devant la Cour de Paris, le 30 janvier 1863. « Pourquoi ces rigueurs posthumes, dit-il, pourquoi, lorsque le mari est mort, lorsque le mariage est dissous, cette sévérité devenue tout à coup inflexible? Quel intérêt le demande? L'intérêt du mari? il n'existe plus. L'intérêt de la famille et des enfants? il exige l'oubli et le pardon. L'intérêt de la loi? mais la loi elle-même nous avertit que les convenances sociales sont ici subordonnées aux convenances domestiques et que la répression, en dehors

(1) Garraud, *Droit criminel*, p. 693.

(2) Cass., 27 septembre, 1839; S. 40, 1, 83.

(3) Paris, 30 janv. 1863; D. 63, 1, 257; — Carnot, *Comm. C. pén.*, II, p. 106.

des nécessités de famille, n'est plus qu'un éclat inutile et malheureux. »

Nous préférons cependant décider que l'action publique n'est pas éteinte. Il faut penser, dit-on, que l'oubli et le pardon ont été la dernière pensée du plaignant. C'est là une présomption qui peut être contraire à la volonté du défunt. En ne se désistant pas, il a pu vouloir persister dans sa plainte jusqu'à sa mort. Ces deux présomptions en sens différent doivent donc être écartées, il est plus prudent de s'en tenir aux faits. Or il y a eu plainte déposée, l'action publique doit suivre son cours, aucun désistement, aucune réconciliation n'étant intervenus. Cette solution s'impose, d'autant plus que les héritiers du mari peuvent avoir intérêt à ce que la femme soit condamnée, pour la priver de ses droits matrimoniaux. Enfin, comme le dit très bien M. Mangin (1), « si cette considération était admise, il faudrait en conclure que le décès du mari fait cesser l'emprisonnement de la femme, car elle peut dire avec tout autant de raison que si son mari eût vécu, il aurait pu lui pardonner. » C'est ce que personne n'admet ; la même solution doit être donnée à notre hypothèse (2).

(1) Mangin, *Act. publique*, I, n° 141.

(2) Cass., 3 juin, 1863 ; D. 63, I, 237 ; — F.-Hélie, *Inst. crim.*, II, n° 778. — *Contra* : Le Sellyer, n° 143 ; — Dutruc, *Mémorial du Ministère public*, I, p. 106.

IV. — *De l'appel.*

Le Ministère public peut-il, sans le concours de la partie plaignante, interjeter appel du jugement rendu? Comme nous avons admis le principe que, la plainte déposée, le Ministère public reprenait toute sa liberté d'action, nous devons décider, par voie de conséquence, qu'il peut poursuivre en appel comme en première instance. La loi interdit seulement au Ministère public, dit la Cour de cassation (1), l'exercice de l'action avant qu'il ait reçu l'impulsion de la partie lésée, mais lorsque cette plainte a été portée, il rentre dans la plénitude de ses attributions, son action est dégagée de toute entrave et il peut appeler du jugement qui a statué, comme faire tous actes de poursuites autorisés par la loi. Ajoutons que l'art. 202 Instr. crim. ne fait pas figurer la partie plaignante parmi les personnes ayant la faculté d'appeler. Ce serait donc ajouter à la loi que de dire: le Ministère public devra, pour appeler, obtenir l'assentiment de la partie lésée. Aussi concluons-nous que le Ministère public est libre d'interjeter appel (2) et que la partie plaignante, si elle s'est portée partie civile, ne peut appeler que sur ses intérêts civils.

La Cour de cassation (3) a cependant apporté une

(1) Cass., 13 avril, 1820; J. P. XV, p. 916; — Paris, 13 mars 1847; S. 47, 2, 178; — Cass. 15 juin, 1845; D. 45, 1, 348.

(2) Caen, 13 juin 1842; S. 42, 2., 523.

(3) Cass., 3 septembre 1831; J. P. XXIV, p. 234; — 3 mai 1850; S. 50, 1, 556.

exception à ce principe, en matière d'adultère. Elle se fonde sur ce que « la loi, en donnant au mari le droit exclusif de dénoncer l'adultère, lui donne nécessairement celui de suivre l'instance jusqu'à ce qu'il soit intervenu un jugement définitif; qu'il suit de là que l'appel du mari saisit la Cour d'appel de la même manière et avec les mêmes effets que la citation directe et originaire avait saisi les premiers juges, et qu'ainsi cette Cour a le droit de prononcer les peines de l'adultère ». Nous répondrons qu'aucun texte n'exige une plainte pour que le Ministère public puisse interjeter appel. La loi n'a voulu qu'une provocation de la partie lésée; si cette condition est remplie, le Parquet se trouve délié de toute entrave. Comment admettre qu'à chaque degré de juridiction le Parquet soit obligé d'attendre l'avis du plaignant? La Cour d'Agen (1) a jugé dernièrement « que le mari, après avoir dénoncé l'adultère de sa femme, n'avait pas qualité pour interjeter appel à minima du jugement intervenu ». Cependant, la démonstration ne nous paraît pas très complète, puisque dans l'espèce le mari ne s'était pas porté partie civile; mais nous retiendrons ceci : Le mari plaignant n'est, à aucun titre, admis à requérir au point de vue pénal une répression plus sévère contre sa femme et ses complices et à se substituer au Ministère public.

(1) Agen, 8 juillet, 1885; S. 86, 2, 32.

SIXIÈME PARTIE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

ALLEMAGNE

Les lois criminelles de l'Allemagne (1) sont comprises dans trois Codes distincts : 1^o le Code pénal de la Confédération du Nord, promulgué le 31 mai 1870, étendu à l'Empire allemand le 1^{er} janvier 1872 et modifié par la loi du 26 février 1876 ; 2^o le Code d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877 ; 3^o le Code de procédure pénale du 1^{er} février 1877.

Le Code de procédure pénale consacre le système dit *accusatoire*. Le juge n'a pas à rechercher ni à punir d'office les faits délictueux, il doit attendre pour statuer qu'il en ait été saisi par l'introduction d'une action publique ou privée. En principe, l'action publique est confiée au Ministère public qui, art 152 Code proc. pén., a pour mission d'agir dans toutes les affaires qui peuvent donner lieu à une condamnation ou à des poursuites judiciaires,

(1) *Annales de législation étrangère*, année 1871, p. 80 ; 1872, p. 1487 ; 1876, p. 138. Code de procédure allemand, traduction de Fern. Daguin. Code d'organisation judiciaire, traduct. Dubarle.

toutes les fois qu'il existe des faits constituant des indices suffisants. Le Ministère public est libre d'apprécier si l'intérêt social est suffisamment compromis pour mettre en mouvement l'action publique. A ce principe se rattachent de nombreuses exceptions où la poursuite est subordonnée à la plainte de la partie lésée. Nous en citerons un certain nombre en suivant l'ordre du Code : La haute trahison contre un Souverain ou un Chef d'État étranger (art. 102, 103, 104 C. pén.) ; la violation de domicile (art 123, C. pén.) ; la fraude en matière de mariage (art. 170 C. pén.) ; l'adultère (art. 172 C. pén.) ; la séduction (art. 176, 179 et 182 C. pén.) ; l'outrage à la mémoire d'une personne décédée (art 189 C. pén.) ; l'injure (art 194 C. pén.) ; l'enlèvement (art. 236, 237 C. pén.) ; les lésions volontaires (art. 232 C. pén.) ; les vols ou détournements commis au préjudice des parents (art. 247) ; la tromperie commise envers les proches, tuteurs (art. 263 C. pén.) ; le détournement au préjudice d'un créancier, d'un usufruitier, (art. 288-289 C. pén.) ; la chasse sur le terrain d'autrui (art. 292 C. pén.) ; la violation du secret d'autrui (art. 299 à 302) ; la dégradation de la propriété d'autrui (art. 303 C. pén.) ; la protection des marques (art. 34, loi du 25 mai 1877).

Notons les principales particularités que présentent les exceptions communes avec la loi française.

1^{er} *Adultère*. — L'art 172 C. pén. subordonne la ré-

pression de l'adultère à la prononciation du divorce. « L'adultère, dit-il, lorsqu'il aura entraîné le divorce, sera puni à l'égard du conjoint coupable et de son complice d'un emprisonnement de 6 mois au plus. » Aucune distinction n'est établie entre l'adultère de la femme et celui du mari; les peines sont les mêmes.

2° *Enlèvement*. — La loi allemande (art. 238 C. pén.) décide, comme notre art. 357, que s'il y a eu mariage entre le ravisseur et la fille enlevée, le Ministère public ne peut agir tant que le mariage n'a pas été déclaré nul. Mais elle ajoute que la plainte sera également nécessaire, si le mariage n'a pas eu lieu dans les cas suivants. Art. 236 et 237 C. pén. : « Celui qui, par fraude, menace ou violence, aura enlevé contre sa volonté une personne du sexe féminin pour l'exciter à la débauche sera puni de la peine de la réclusion pendant dix ans au plus, et si l'enlèvement a été commis pour amener la personne enlevée à contracter mariage, la peine sera celle de l'emprisonnement. La poursuite n'aura lieu que sur plainte (art. 236) ». Et art. 237 : « Sera puni de la peine de l'emprisonnement celui qui aura enlevé, même de son consentement, mais sans le consentement de ses père et mère ou tuteur, une personne du sexe féminin mineure non mariée, dans le but de l'exciter à la débauche ou de l'amener à contracter mariage. La poursuite n'aura lieu que sur plainte. »

3° *Injures*. — Les articles 186-187 C. pén. dis-

tinguent l'injure de la calomnie et n'emploient pas l'expression *diffamation*. Ils sont ainsi conçus : « Qui-conque aura affirmé ou répandu sur le compte d'autrui un fait de nature à le rendre méprisable ou à l'abaisser dans l'opinion publique sera, si le fait ne peut être prouvé, puni *pour injure* d'une amende de 200 thalers au plus, ou des arrêts, ou d'un emprisonnement d'un an au plus. Si l'injure a été commise dans un lieu public ou répandue par des écrits, images ou reproductions, elle sera punie d'une amende de 500 thalers au plus ou d'un emprisonnement de deux ans au plus. » — Art. 187 : » Celui qui, sciemment et de mauvaise foi, aura affirmé ou répandu sur le compte d'autrui un fait faux de nature à le rendre méprisable ou à l'abaisser dans l'opinion publique ou à porter préjudice à son crédit, sera puni *pour calomnie* d'un emprisonnement de deux ans au plus. Si l'injure a été commise dans un lieu public ou répandue par des écrits, images ou reproductions, elle sera punie d'un emprisonnement d'un mois au moins. »

Si l'injure a été commise envers des femmes mariées (art. 195 C. pén.), le droit de poursuivre appartient tant aux parties lésées qu'à leurs maris ou à leurs pères.

Si elle s'adressait à un fonctionnaire public dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions (art. 196 C. pén.), la poursuite appartient tant aux parties lésées qu'à leurs supérieurs hiérarchiques.

En cas d'injures réciproques, si l'une des parties avait porté plainte, l'autre devra, sous peine de déchéance, former sa plainte avant la clôture des débats en première instance (art. 198 C. pén.).

Quant aux offenses envers un souverain ou un Chef d'État étranger, la plainte ne sera recevable que s'il y a réciprocité garantie, en vertu de lois ou de conventions internationales dûment publiées (art. 103 C. pén.).

4° *Chasse*. — La loi du 26 février 1876 a modifié l'art. 292 C. pén. qui exigeait toujours une plainte de la partie lésée dans le cas de chasse sur le terrain d'autrui sans son consentement. Cette plainte n'est plus nécessaire que dans un cas : si le coupable est un parent de la personne à qui appartient le droit de chasse.

La pêche n'a pas été assimilée à la chasse au point de vue de la poursuite, et le Ministère public a sa complète liberté d'action (art. 370-4°, *in fine*).

5° *Contrefaçon industrielle*. — L'art. 34 de la loi du 25 mai 1877 exige la mauvaise foi comme élément essentiel du délit. La loi française (art. 41, loi du 5 juillet 1844) n'énonce, au contraire, cette condition que s'il y a eu recel, vente ou introduction sur le territoire français d'objets contrefaits. La loi allemande ne contient aucune disposition relative à la confiscation des objets reconnus contrefaits.

6° Quant aux infractions commises par un Allemand

à l'étranger, l'art. 43 C. pén. ne fait aucune distinction entre les crimes et les délits. Il s'exprime ainsi : « Sera poursuivi tout Allemand qui s'est rendu coupable en pays étranger d'un acte qualifié crime ou délit par les lois de l'Empire d'Allemagne et punissable d'après les lois du lieu où le crime a été commis. La poursuite peut même avoir lieu lorsque le coupable n'a acquis la qualité d'Allemand qu'après le crime ou le délit consommé, pourvu, dans ce dernier cas, qu'elle ait été précédée d'une plainte de l'autorité du pays où le fait a été commis. Si la loi du pays étranger édicte une peine plus douce, cette loi devra être appliquée.

La plainte n'est soumise à aucune forme particulière « s'il s'agit de faits punissables, dit l'art. 156 C. pén., qui ne peuvent être poursuivis que sur la plainte de la partie lésée. Elle devra être transmise soit au tribunal, soit au Ministère public, par écrit ou au moyen d'une déclaration consignée dans un procès-verbal, soit enfin par écrit aux autres autorités ». L'art. 169 C. pén. ajoute que si le Ministère public ne donnait pas suite à la plainte, le plaignant pouvait, pendant deux semaines à partir du moment où cette décision lui aura été notifiée, se pourvoir devant le supérieur hiérarchique du ministère public qui l'aura rendue, et, dans le cas de rejet, provoquer, au moyen d'une requête, une décision du tribunal.

Notons en terminant que d'après l'art. 61 C. pén. la personne qui a qualité pour porter plainte doit la former dans le délai de trois mois à partir du jour où elle a connu le fait et son auteur.

ANGLETERRE

La poursuite peut être intentée par toute personne intéressée ou non à la répression. En fait, elle est presque toujours engagée par les particuliers ou la police. L'Attorney general est bien chargé, à Londres, de poursuivre les délinquants lorsque l'intérêt de l'État se trouve compromis; mais ses fonctions sont complètement distinctes de celles de nos Procureurs. La création d'un directeur des poursuites publiques par la loi de 1879 n'a pas porté atteinte à l'accusation privée. Elle a eu seulement pour but de suppléer à l'inaction des particuliers dans certaines affaires difficiles compromettant l'intérêt général. Cet exposé sommaire suffit pour démontrer que nous ne pouvons pas trouver, dans la législation anglaise, une application des cas exceptionnels que nous étudions.

BELGIQUE.

Nous retrouvons dans la législation belge le même principe que celui posé par notre article 1 Instr. crim. L'art. 1 du Code de procédure pénale belge (loi du 17 avril 1878, Pasinomie, 1878, p. 82) em-

ploie même une expression plus heureuse que celle de l'art. 1 Instr. crim. Au lieu de dire que l'action pour l'application des peines *n'appartient* qu'aux fonctionnaires, terme inexact, il se sert de la formule suivante qui rend plus fidèlement l'idée : l'action pour l'application des peines ne peut être exercée que par des fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. Le Ministère public n'est cependant pas le seul à pouvoir exercer l'action publique. Dans certaines matières spéciales : les douanes et accises (loi 26 août 1882, art. 247; loi 6 avril 1849, art. 29); les patentes (loi 21 mai 1819, art. 42; loi 6 avril 1829, art. 13), les délits forestiers et de pêche, la poursuite est exercée par les agents de chacune de ces administrations.

En principe, l'action publique est indépendante de l'action civile et le Ministère public n'a pas besoin pour agir d'être provoqué par la partie lésée (art 5 C. proc. pén.). Mais cette règle n'est pas absolue, et lorsqu'il s'agit d'infractions légères ou blessant plutôt les intérêts privés que l'ordre social, le législateur a laissé à la partie victime du délit le soin de provoquer la poursuite par une plainte. Voici ces cas : L'adultère (art. 390 C. pén.); les délits qui portent atteinte à l'honneur ou à la considération des particuliers, tels que les calomnies et diffamations, les injures délictueuses et divulgations méchantes, à l'exclusion de la dénonciation calomnieuse,

ainsi que des injures et calomnies adressées à des fonctionnaires à raison de l'exercice de leurs fonctions (art. 450 C. pén.); les délits de chasse sur la propriété d'autrui (loi du 26 février 1846, 29 mars 1873, art. 15; loi 28 février 1882, art. 26); le passage des voies et chemins dans un bois de particulier (art. 165 C. forestier); la création d'effets de commerce sur une personne qui ne doit rien lorsque l'effet a été payé ou que les fonds ont été faits au moment où la fraude a été découverte (art. 509, 2° alinéa, C. pén.); les délits des fournisseurs militaires (art. 294-295-2° C. pén.); les infractions aux lois relatives au régime postal (art. 5, loi 14 septembre 1864, art. 39, loi 29 avril 1868); les outrages adressés à un membre des Chambres législatives dans l'exercice de ses fonctions, les délits commis hors du territoire du royaume par des Belges (art. 273-3° C. pén.).

ESPAGNE.

En Espagne (1) les fonctionnaires du Ministère fiscal (public) exercent toutes les actions pénales à l'exception de celles réservées exclusivement à la plainte des particuliers, *ley de enjuiciamiento criminal de 16 setiembre de 1882*. Il y a cependant certains délits ou contraventions qui ne peuvent être poursuivis que s'il y a eu plainte de la victime. Ainsi, les

(1) *Annuaire de législation étrangère* 1882, p. 698; 1878, p. 339.

contraventions par la voie de la presse, les mauvais traitements infligés par les maris à leurs femmes, ou réciproquement, les injures légères. Le titre IV du nouveau Code d'instruction criminelle du 14 septembre 1882 ajoute même à ce sujet : « La plainte ne sera recevable qu'après un essai infructueux de conciliation et autorisation du tribunal » ; le jugement est rendu dans les trois jours, même en l'absence du prévenu, s'il a été régulièrement cité ; la contre-*façon* en matière de brevets (art. 52, loi du 30 juillet 1878).

Les art. 448 et suiv. punissent toujours l'adultère de la femme et ne répriment celui du mari que s'il a entretenu sa concubine au domicile conjugal avec scandale.

HONGRIE.

La législation pénale hongroise ne remonte qu'à l'année 1878 et s'est surtout inspirée du Code allemand de 1870. Aussi n'est-il pas étonnant de constater que, comme en Allemagne, les cas dans lesquels la mise en mouvement de l'action publique est subordonnée à la plainte de la partie lésée sont très multipliés. Nous relevons les suivants : la dénonciation calomnieuse (art. 229 C. pén.) ; le viol (art. 232-238 C. pén.) ; l'attentat à la pudeur avec violence (art. 233-238 C. pén.), ou sur des enfants de moins de 13 ans (art. 236-238 C. pén.) ; l'inceste (art. 244

C. pén.); les attentats contre nature entre frères (art. 244 C. pén.); le crime contre la pudeur (art. 245 C. pén.), l'adultère (art. 246 C. pén.); « l'adultère sera puni au maximum de trois mois d'emprisonnement lorsque par suite de l'adultère le divorce ou la séparation auront été prononcés par le jugement définitif »; aucune distinction n'est faite entre l'adultère du mari et celui de la femme; le crime contre l'état de famille (art. 255 C. pén.); la calomnie (art. 258, 260, 268 C. pén.); l'injure (art. 261, 262, 268); la lésion corporelle légère art. 312 C. pén.); l'enlèvement d'enfant (317, 320, 322 C. pén.); l'enlèvement de femmes (art. 321 à 322); la violation du secret des lettres (art. 327 C. pén.); la divulgation illégale de secrets (art. 328 C. pén.); la violation de domicile (art. 332 C. pén.); le vol domestique (art. 342-343 C. pén.); le détournement domestique (art. 358 C. pén.); l'abus de confiance (art. 361 C. pén.); l'appropriation illégale entre parents (art. 369 C. pén.); l'escroquerie (art. 389-390 C. pén.); la contrefaçon des marques de fabrique (art. 413 C. pén.); la destruction de la propriété d'autrui (art. 418, 420, 421, C. pén.); certaines infractions commises hors du territoire par un sujet hongrois. L'art. 15 C. pén. contient sur ce point une disposition remarquable. Après avoir indiqué à quelles conditions le crime ou le délit serait punissable, il ajoute : « Si un sujet hongrois a commis, hors du territoire de l'État, un acte contre le-

quel le présent Code prononce la destitution d'emploi ou la suppression de l'exercice des droits politiques, il y aura lieu d'intenter des poursuites pour appliquer les peines accessoires, alors même que la peine aura déjà été subie en pays étranger ou qu'elle aurait été remise par les autorités compétentes de ce pays. » Il est à souhaiter qu'une disposition analogue figure dans la loi française.

Le Code pénal autrichien date du 27 mai 1852 et le Code d'instruction criminelle (1) du 30 juin 1873. Nous n'y relevons aucune particularité bien saillante et nous passerons de suite à l'Italie.

ITALIE.

Depuis longtemps, l'Italie travaille à la confection d'un Code pénal s'appliquant à toute la Péninsule. Divers projets ont été présentés, le plus important est celui de M. Mancini, déposé à la Chambre des députés dans la séance du 25 novembre 1876, alors qu'il était Ministre de la justice. Mais ils n'ont pas abouti jusqu'à ce jour, la question de l'abolition de la peine de mort faisant l'objet des plus vives discussions. L'Italie est donc régie à l'heure actuelle par le Code pénal sarde du 20 novembre 1859 et le Code pénal toscan de 1843 ; le Code de procédure pénale date du 26 novembre 1865.

(1) Traduction faite par M. Lyon-Caen, Professeur à la Faculté de de droit Paris.

L'action pénale est essentiellement publique, dit l'art. 1 C. proc. pén., c'est le Ministère public qui, en principe, l'exerce d'office, au nom de l'intérêt général. Certaines administrations, comme en France, sont également revêtues du pouvoir de poursuivre des délits spéciaux, notamment en matière forestière, de douanes, de contributions indirectes. D'après le projet de 1885, l'action publique ne pourrait être exercée qu'à la requête de la partie lésée dans certains cas. Nous citerons : l'adultère. — L'adultère du mari ne serait punissable que s'il avait entre-tenu sa concubine au domicile conjugal. L'époux offensé devrait déposer plainte dans les trois mois à partir du jour où il a eu connaissance du fait (art. 331, 332, 334, 335). — Les infractions commises à l'étranger par un Italien. D'après le projet Mancini, qui consacre le principe de la territorialité des lois criminelles (art. 3), l'Italien qui commettra un *crime* ou un *délit* sur le territoire étranger, mais ne compromettant ni la sûreté de l'État, ni le crédit public, sera jugé par les lois du Royaume, si l'infraction est punie par la loi du pays où elle a été commise et s'il y a eu plainte de la partie offensée ou dénonciation officielle.

JAPON.

Nous ne parlerons que des projets revisés de Code pénal et de procédure criminelle qui doivent recevoir

prochainement une consécration officielle. M. Boissonnade, Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris, nous en donne une étude très complète.

L'action publique, depuis l'introduction récente du Ministère public, est exercée par les officiers du Ministère public. L'art. 3 en proclame l'indépendance en ces termes : « L'action publique n'est pas subordonnée à la plainte de la partie lésée ni éteinte par la renonciation de celle-ci à sa plainte ou à son action, si ce n'est dans les cas déterminés par la loi. » Ces cas exceptionnels ne sont pas très nombreux ; nous trouvons : les crimes et délits contre la pudeur d'autrui (art. 390 C. pén.) ; l'adultère de la femme (art. 390 C. pén.) ; la diffamation (art. 403 C. pén.) ; certains dommages de peu d'importance causés aux biens (art. 472 *bis* C. pén.) ; l'injure (art. 400 *bis* C. pén.) ; les crimes et délits commis en pays étranger et justiciables de loi japonaise (art. 54 C. pén.).

Voici quelques traits caractéristiques.

L'adultère seul de la femme est puni, art. 393 *bis* : « La poursuite d'adultère de la femme n'aura lieu que sur la plainte du mari ou sur sa demande civile en divorce ou en révocation de donations pour cause d'adultère. — La plainte et la demande civile pourront toujours être retirées jusqu'au jugement définitif. — Si le mari est en démence, la plainte pourra être faite ou retirée par son tuteur assisté des deux plus proches parents. — La réconciliation

des époux, la mort du mari ou celle de la femme survenues avant le jugement définitif mettent fin aux poursuites à l'égard de la femme et de son coauteur. — La plainte du mari sera sans effet s'il avait antérieurement provoqué ou favorisé le délit de l'adultère.

Pour les infractions commises à l'étranger, l'art. 5 exige également certaines conditions que nous ne retrouvons pas dans la loi française. Il est ainsi conçu : « Les *crimes* et les *délits*, autres que les précédents (relatifs à la sûreté de l'État, à la contrefaçon des sceaux, timbres et marques de l'État, à l'altération des monnaies et papiers-monnaies), commis en pays étranger par un sujet de l'Empire ne peuvent être poursuivis et jugés au Japon, d'après les lois japonaises, que sous les conditions suivantes :

1° Si l'infraction n'a pas été jugée définitivement dans le pays où elle a été commise ;

2° Si l'infracteur se trouve volontairement sur le territoire du Japon ou si son extradition a été obtenue ;

3° Si l'infraction punie par la loi japonaise est considérée comme un crime ou un délit par la loi du pays où elle a été commise ;

4° S'il y a eu plainte de la partie lésée aux autorités japonaises ou dénonciation officielle à celle-ci par l'autorité du pays étranger ;

5° Si l'infraction n'a pas été amnistiée par le Gouvernement étranger ;

6° Si l'action publique n'est pas déjà éteinte par la prescription d'après la loi du pays étranger.

PAYS-BAS.

Le Code pénal français avait été introduit en Hollande par un décret du 1^{er} mars 1811. Ce ne fut qu'à la fin de l'année 1813, qu'ayant repris son indépendance, la Hollande put travailler à la confection d'une législation pénale. Cette étude aboutit à la loi du 3 mars 1881, qui promulgua le nouveau Code (1). Il est proclamé par les autorités les plus compétentes comme une œuvre du plus grand intérêt. Le Code de procédure pénale date de 1838 et n'a pas encore été modifié.

En principe, l'action publique est confiée aux officiers du Ministère public, elle est complètement indépendante de l'action civile. Une plainte de la partie lésée est exigée à titre exceptionnel pour permettre au Ministère public d'introduire l'action répressive. Exemples : L'adultère (art. 241 C. pén.). « Est puni d'emprisonnement de 6 mois au plus : 1° la personne mariée qui commet un adultère ; 2° celui qui, n'étant pas marié, commet l'acte sachant

(1) Code pénal des Pays-Bas, traduit par M. Willem-Joan. Wintgens :

que le complice est marié. » Aucune poursuite n'a lieu que sur la plainte de l'époux outragé. — La plainte peut être retirée tant que l'examen à l'audience du tribunal n'a pas commencé. — Les formes de la plainte (art. 64 et suiv.) ne sont pas exigées pour ce cas spécial.

L'enlèvement (art. 281 C. pén.); l'outrage, s'il ne s'adresse pas à un fonctionnaire pendant l'exercice légitime de ses fonctions ou relativement à cet exercice (art. 261 C. pén.); la violation de secrets (art. 262 C. pén.).

Quant aux infractions commises hors du royaume par un Néerlandais, la loi ne les atteint que si elles revêtent un certain caractère de gravité (art. 5, C. pén.), et si elles ont été commises en *Europe*. La poursuite a lieu d'office.

RUSSIE (1).

Le Code pénal russe est de 1866 et le Code de procédure pénale du 20 novembre 1864. La poursuite des crimes et des délits peut avoir lieu soit d'office, par les fonctionnaires publics, soit sur la plainte des particuliers. Les cas exceptionnels où l'action publique se trouve subordonnée à une plainte émanant de la personne lésée sont peu nombreux. Nous relèverons les suivants : l'adultère

(1) Ern. Lehr, *Nouv. législat. pénale de la Russie*, p. 82.

(art. 1549 à 1600 C. pén.) réprimé de la même manière, que la foi conjugale ait été violée par le mari ou par la femme; l'enlèvement; l'outrage à un supérieur (art. 395 C. pén.); les infractions, crime ou délit, commises par un Russe en pays étranger (art. 173, 174 C. pén.).

Un projet de Code pénal a été rédigé par une commission en 1881. M. A. Desjardins, Professeur à la Faculté de droit de Paris, en a donné un exposé complet dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1884, t. 51, p. 397.

SUISSE.

Nous retrouvons encore dans cette législation le principe posé par notre article 1 Instr.crim. Le Code de procédure pénale fédérale suisse s'exprime ainsi. Art.3 : « La poursuite pénale appartient aux autorités et aux fonctionnaires qui en sont chargés par la loi. Les exceptions apportées à cette règle générale sont par exemple, pour le canton de Berne : les délits d'injures, de calomnie, d'adultère, de coups et blessures légères (art. 44 C. pén.), les délits ruraux et forestiers (art. 83).

PLAN GÉNÉRAL DU DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION.

SECTION PREMIÈRE : Notions générales.

SECTION II : Origine historique.

SECTION III : Fondement rationnel.

PREMIÈRE PARTIE

Au point de vue de l'intérêt de famille.

CHAPITRE I

Adultère.

1^o Notions générales.

2^o L'exercice de l'action publique est subordonné à la plainte de la partie lésée.

a. — Historique.

b. — Fondement rationnel.

3^o Différences entre l'adultère de la femme et celui du mari.

A. — Adultère de la femme.

1^o Nécessité d'une plainte.

2^o Qui peut porter plainte ?

3^o Le mari n'est pas tenu de se porter partie civile.

- 4^o Le complice de la femme peut-il être poursuivi d'office?
- 5^o Fins de non-recevoir opposables à la plainte du mari.
 - 1^o La nullité du mariage.
 - 2^o La réconciliation.
 - 3^o L'entretien d'une concubine au domicile conjugal. Appendice : La connivence du mari à la débauche de sa femme est-elle une fin de non-recevoir?
 - 4^o L'interdiction du mari.
 - 5^o La prescription.
- B. — Adultère du mari.
 - 1^o Nécessité d'une plainte.
 - 2^o A quelles conditions peut-elle être formée?
 - 3^o La concubine du mari peut-elle être poursuivie d'office?
 - 4^o Fins de non-recevoir opposables à la plainte.

CHAPITRE II

Rapt.

- 1^o Notions générales.
- 2^o Nécessité d'une plainte.
- 3^o Fondement rationnel.
- 4^o Qui peut porter plainte?
- 4^o Fins de non-recevoir opposables à la plainte.
- 6^o Le complice peut-il être poursuivi d'office?

DEUXIÈME PARTIE

Au point de vue de l'intérêt privé.

CHAPITRE I

Diffamation et injure.

- 1^o Notions générales.
- 2^o A quelles conditions la poursuite est-elle subordonnée à une plainte préalable?
 - 1^o Eléments constitutifs de chaque délit.
 - 2^o Personnes ou corps à l'égard desquels le délit a dû être commis.
- 3^o Fondement rationnel.

4° Qui peut porter plainte ?

1° Délit de diffamation et injure :

1° Envers les corps énumérés en l'art. 30 (loi 29 juil. 1881).

2° Envers un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambres.

3° Envers les fonctionnaires publics ou autres personnes énumérées en l'art. 473.

4° Envers un juré, un témoin.

5° Envers les particuliers.

2° Délit d'offense envers les chefs d'États étrangers.

3° Délit d'outrage envers les agents diplomatiques étrangers.

CHAPITRE II

Chasse.

1° Préliminaires.

2° L'exercice de l'action publique est subordonné à la plainte de la partie lésée.

3° Historique.

4° Fondement rationnel.

5° Qui peut porter plainte ?

1° Le propriétaire.

2° Le possesseur.

3° L'usufruitier.

4° Le locataire ou cessionnaire de la chasse, *quid* du fermier ?

CHAPITRE III

Pêche.

CHAPITRE IV

Contrefaçon industrielle.

1° A quelles conditions le délit de contrefaçon existe-t-il ?

2° Fondement rationnel.

3° Qui peut porter plainte ?

TROISIÈME PARTIE

Au point de vue de l'intérêt public.

CHAPITRE I

Délit des fournisseurs militaires.

- 1° A quelles conditions existe ce délit ?
- 2° Fondement rationnel.
- 3° Qui peut faire la dénonciation ?

CHAPITRE II

Délits commis à l'étranger.

- 1° A quelles conditions existe ce délit ?
- 2° Fondement rationnel.
- 3° Qui peut porter plainte ?

QUATRIÈME PARTIE

Formes de la plainte.

CINQUIÈME PARTIE

Effets de la plainte.

- 1° Le Ministère public reprend sa liberté d'action.
- 2° Du désistement.
- 3° Décès de la partie plaignante.
- 4° Appel.

SIXIÈME PARTIE

Législations étrangères.

- 1° Allemagne.
- 2° Angleterre.
- 3° Belgique.
- 4° Espagne.
- 5° Hongrie.
- 6° Italie.
- 7° Japon.
- 8° Pays-Bas.
- 9° Russie.
- 10° Suisse.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Une stipulation de peine tendant à déterminer au mariage est nulle.

II. — Il ne suffit pas, pour gagner les fruits, que l'usufruitier ait le droit d'usufruit ; il faut de plus qu'il en ait l'exercice.

III. — *Dies non interpellat pro homine.*

IV. — L'obligation du fidéjusseur qui excède l'obligation principale est nulle.

V. La *Condictio furtiva* n'est pas une action pénale.

DROIT CIVIL

I. — La constitution de dot faite au profit de la femme doit, quant au mari seulement, être rangée parmi les actes à titre onéreux.

II. — Le droit du preneur à bail est personnel.

III. — Si le bail n'a pas date certaine, le privilège du bailleur a lieu pour les années échues, l'année courante et aussi l'année qui suit l'année courante.

IV. — Le contrat par correspondance se forme au moment de l'acceptation de celui à qui l'offre a été faite.

DROIT PÉNAL

I. — Hors le cas de flagrant délit, le juge d'instruction saisi par une plainte avec constitution de partie civile de la personne lésée n'est pas obligé d'ouvrir une information, s'il y a réquisitions contraires du Ministère public.

II. — Le désistement du mari qui a dénoncé l'adultère de sa femme a pour effet d'arrêter la poursuite.

III. — Lorsqu'un fonds a été affermé, le droit de poursuivre les délits de chasse qui y sont commis appartient au bailleur seul, même s'il n'a stipulé aucune réserve expresse à son profit.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. — Le scrutin uninominal est préférable au scrutin de liste pour assurer d'une manière plus effective la représentation nationale.

II. — Le pouvoir judiciaire n'est pas une branche du pouvoir exécutif.

SCIENCE FINANCIÈRE

Émettre des obligations remboursables avec prime est la meilleure manière pour un État d'emprunter à bon marché.

Vu par le Doyen :

COLMET DE SANTERRE.

Vu par le président :

LÉVEILLÉ.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De la « Condictio furtiva ».

	Pages
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I. — Considérations générales sur la <i>Condictio</i> .	11
CHAPITRE II. — Définition de la <i>Condictio furtiva</i> , son utilité, ses avantages, sa base juridique...	17
CHAPITRE III. — La <i>Condictio furtiva</i> est une action <i>rei persecutoria</i> et une action <i>pænæ persecutoria</i>	25
CHAPITRE IV. — Objet de la <i>Condictio furtiva</i>	29
CHAPITRE V. — Caractère de l' <i>Intentio</i>	35
CHAPITRE VI. — Qui peut intenter la <i>Condictio furtiva</i>	39
CHAPITRE VII. — Contre qui peut-elle être intentée?.....	47
CHAPITRE VIII. — Extinction de la <i>Condictio furtiva</i>	55
CHAPITRE IX. — Concours de la <i>Condictio furtiva</i> avec les autres actions dérivant du <i>furtum</i>	59
APPENDICE. — De l'action <i>rerum amoturum</i>	67

TABLE DES CHAPITRES

DROIT FRANÇAIS

*Des cas où l'exercice de l'action publique est subordonné à la plainte
de la partie lésée.*

	Pages.
INTRODUCTION.....	75
De l'adultère.....	91
Du rapt.....	141
De la diffamation et injure.....	151
De la chasse.....	181
De la pêche.....	203
De la contrefaçon industrielle.....	209
Des fournisseurs militaires.....	217
Des délits commis à l'étranger.....	223
Formes de la plainte.....	229
Effets de la plainte.....	233
Législations étrangères.....	245
Positions.....	267

